UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 10 11 09 04 016 3

BINDING SECT. SEP 24 1974

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

BM Loewensohn, Asher Nissan
521 Gan Na'ul
L6

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/gannaulloew00loew

ספר

גן נעול

יכלכל דינים הרבה וגם ישובים ופירוקים ע"ד הראשונים

יחלק והיה לב' כרכים ובהם ארבעה כפתורים

כרך ראשון

יכיל בקרבו כפתור ראשון וכפתור שני

מאתי

אשר ניסן בהרב הגדול צדיק וכו' כקש"ת מו"ה יהודא ליב נ"י מבירז

ווילנא

בדפוס ר' הלל בר' אברהם יצחק דווארזעץ

שנת תרל"ד לפ"ק

ГАНЪ НОУЛЪ

т. е. Садъ закрытый или Талмудическіе респонсы по религіознымъ узаконеніямъ Евреевъ

Соч. О. Н. Левензонъ

ЧАСТЬ 1.

מוגה

ВИЛЬНА

Въ типографіи Гилеля Дворжеца на Трокской улицѣ въ домѣ Круковскаго подъ № 400. 1873 г.

Дозволено Цензурою 8 Iюня и 3 Декабря 1873 года Вильна.

LIBRARY
MAR 1974
UNIVERSITY OF TORONTO

BM
521
L6

פתח הגן

פליאה דעת ממני נשגבה לא אוכל לה (תהלים קל"ט)

ספרי זה אשר כוננתי · ויסדתי עמודיו ארבעה · הוא רק לשם ולזכר נשמת בני ח-ביבי ומ-ורי הגאון האברך המפורסם במלא רוחב ארצינו בשם „עילוי מבירז" מוהר"ר מנחם נחום נתן זצוק"ל אשר מת עלי בעודו באבו בן ח"י שנה [רמז שהוא חי וקים · וכמאמרם ז"ל צדיקים במיתתן קרוין חיים] ביום ג' לחודש מנחם אב שנת תרכ"ג כי מיום אשר נלקח ממני עטרת תפארתי זה · חשך שמשי בצהרים חלדי · ואין לי שום רצון וחפץ אחר רק לעשות לו נחת רוח ושם עולם לא יכרת · וכפי אשר בעודנו היה בני יחידי הגאון הצעיר ז"ל בחיים חיותו פה עלי האדמה · לא ידעתי שום רצון ומטרה אחרת רק חפץ ורצון בני היה רצוני · כי מיום הולדו שמתי עיני ולבי עליו לגדלו ולחנכו על ברכי התורה והחכמה בדרך ישר · להוציא אל הפועל את הכשרונות הטובות הנמצאים בו · וזה היה מטרתי ומחשבתי · וגם שעשועי יומם וליל · כן גם אחרי הוסר ממני עטרת תפארתי הוא בני יחידי הגאון המנוח ז"ל · אשר בשם „רבי" אכנהו · ותקותי על ארץ נחה · אין לי ג"כ שום רצון וחפץ אחר רק לעשות לו שם ושארית ולקבוע גם חידושי תורה שלו בדפוס · למען יהיה שפתותיו דובבות בקבר · ולפרסם מעט מזעיר מחידושיו ומעשיו הרבים · למען בל ישכח שמו וזכרו · וידעו דור אחרון את גודל יקרת הגאון הצעיר ז"ל · את מפלאות תמים דעים אשר בחר בו לתתו למופת לרבים · בתוך דורנו זה דור יתום הנוכחי · ואת אשר אבדנו בעונינו במיתתו · וכן קראתי את שם ספרי ג"כ ע"ש בני הגאון המנוח זצוק"ל · כי בשם גן נעול נכלל גאון נחום נתן עלה ונתרומם למרום ומי לא יודה שמהנחוץ הוא לעשות שם וזכר לבני יחידי אשר נקטף בעודו באבו · ואשר יוצר הטבע חלק לו מלא חפנים דעת ותבונה · להאיר לארץ ולדרים עליה · בכל דבר תורה וחכמה · כי בשנים המעטים אשר היה חי אתנו פה עלי האדמה הראה לכל יודעיו ומכיריו · כי חכמתו נעלה הוא מבינת אדם · והיה מפורסם בכל מלוא רוחב ארצינו לגאון ולתפארת · [ולתכלית זה חיברתי הספר צ פ נ ת פ ע נ ח אשר עוד עמדי בכתובים · המכיל בקרבו דרושים נחמדים והספד מר על מות בני יחידי הנ"ל · אשר בהם ימצא הקורא את תולדות הגאון הצעיר ז"ל · ואת גודל מעלתו בתורה ובהכמה בהשנים המעטים אשר חיה חי אתנו פה עלי האדמה] · ולא בכל דור יולד איש כזה אשר נקבצו ובאו בו כל המעלות והמדות · תורה וחכמה דעת ותבונה · כמו בהגאון הצעיר המנוח ז"ל ולאיש כזה הדגול מרבבה נאוה תהלה · גם שם עולם לא יכרת :

גם לזאת נקרא ג ן נ ע ו ל · כי נעולים בו חידושי תורה של בני יחידי הגאון הצעיר המנוח זצוק"ל · באשר כי לא היה לאל ידי להעריך דברי בני יחידי הנ"ל לבדנם · מפני כי רבים הם · אשר לא עלתה בידי לשומעם ממנו רק פעם אחת בעברנו על הבית אחת הנה ואחת הנה · בלי שום עזרת ספרים אשר בהם הרבה חידושיו הרבים ולא שמתי על זכרוני כ"כ כי לבקרים רבו תורתו · ונשכחו ממני בימי אבלי ר"ל על בני הגאון זצוק"ל מעט מעט · ולא נשארו בזכרוני רק זעיר שם · זעיר שם · לכן הוכרחתי להעביר על דעתי וחקי אשר חקתי לי מאז : לבלי לילך במקום גדולים · ולכתוב רובי תורותי · ולקיבעם בדפוס כמו זר נחשבו לי · ונחמתי לחבר ספר מחידושי אשר נתחדשו לי · ולרושמם עלי הגליון · ע"י עושי רצוני · כדי לכלול בהם גם חידושי תורה של בני הגאון זצוק"ל · אשר בעודו בחיים חיותו לא עלה על לבבי לרשום אותם בכתב אמת · ולפעמים רשמתי שמו בפנים כדי שיהיה שמו וזכרו חקוק לדור בנים יולדו ; —

גם כי בתוך ה ג ן הזה נ ע ו ל וצמוד כל הענינים המובאים בארבעה הכפתורים האלו והיה לאחת ;

ואחרי הודיענו להקוראים את כל אלה · לא נחדול מלהעיר להקוראים הנכבדים על אופני סידורי הספר · והענינים השונים והסוגיות המובאים בהחיבור הנכחי · דבר דבור על אופניו · והנני נותן דברים אחדים לפני הקורא הנכבד · ומתוכם יראה את כל אשר לו לדעת בטרם יבוא אל הספר פנימה ·

דברים אחדים אל הקורא

ספרי זה גן נעול אשר אני נותן לפניכם היום מיוסד על אופן זה

א בו ירוקם ארבעה כפתורים · ובכל כפתור וכפתור יבואר בו ענינים שונים אשר אין בהם שום צד השוה אשה אל אחותה אמנם מהראוי ליתן לכל כפתור שם חבור בפני עצמו · אך יען שכל הענינים שבאו בד' הכפתורים האלו · משולבים הנה ואחוזים זה בזה לכן שזורים כל הד' כפתורים יחדיו והיה לאחת :

ב רבי הכמות המה הכפתורים · ע"כ הפרדתים לפרחים · וכל פרח צמוד בסוף הפרח ההולך לפניו · ובראש הפרח ההולך לאחריו · ועכ"ז אם יקרא הקורא רק פרח אחד לבדו כבר השיג הענין המרובר בו · כי כן יסדתי עמודי ספרי :

ג סן ואולי אמרתי יהיו עוד למשא על הקורא · אשר אצל לו רק רגעים אחדים מטרדותיו הרבות אשר סבבוהו · כי הפרחים האלה אף כי לעומת הכפתורים מעטים המה בכמותם · עכ"ז ילאה הקורא לעיין בו ויקוץ מפני האריכות מפני שישנם פרחים רבים אשר רחבו ונסבו למעלה · ע"כ גם אתהם חלקתי לאותיות וכל אות גם הוא נדרש למעלה ונדרש לאחריו ועם זה בבל אות ימצא ענין שלם ;

ד עוד אמרתי הלא ישנם אנשים אשר מגמתם רק לדעת אחרית כל אלה ואת התוצאות היוצאים מכל זה · וע"כ יבקשו אחרי הדינים הנובעים מכל פרח · ואנכי אשר תכנתי עמודי ספרי בענין אשר לא יהיה למשא על אחי הקורא כאשר כבר הזכרתי מזה · וידעתי כי בספרי זה ימצאו דינים הרבה מחודשים · אשר נסתעפו מתוך הדרישות והחקירות אשר דרשתי באר היטב בספרי זה ע"כ הצגתי באחרית כל פרח הדינים המחודשים הנובעים ממקור כל פרח לברנה בקצור נמרץ · ועתה מי ומי מהקוראים הנכבדים אשר יאבו לדעת הדינים היוצאים מהפרח · יפנו נא לאחרית הפרח ותמצאו מאווים · אולם ישנם פרחים רבים אשר לא נתחדש בכל אחד מהם בלתי דין אחד לא שמתי את לבבי להציגו לברו באחרית הפרח : גם יש מקומות מועטים אשר אף במקום שישנם דינים אחדים לא הצגתים לברנה באחרית הפרח ולפעמים נכתב הדינים באחרית הפרח אך לא נרשם בסוף הפרח כסדר הזה [א] [ב] :

דבר אל הקורא

ה ספרי זה יש לו סגולה יקרה להעניק לכל איש כחפצו ותכונתו · גם האיש הדורש בפני עדתו · רבנים · מורים · י׳ נפשו ימצא בו דבר חפץ · כי ישנם בהם רבים אשר מהם יוכל כל איש להגיד במקהלות עדתו דבר בעתו · מדי שבת בשבתו וכל מועדי קודש לשנים אחדים · ועוד ענינים דרושים לכל חפציהם אשר לא דשו ביה רבים ואף אם לא ישווה עם היום והמועד אשר בו יאבה הדורש לדורשו · אך אם זרחה שמש התבונה עליו להאציל מקרני חכמתו על הענין נקל יהיה לו לחברו עם כל יום ומועד אשר יאבה · והדורש לא יאלץ לדרוש ולראות אחר כל הענין רק בנקל יהיה לו למצוא מקום אשר משם יוכל להגיד כחפץ לבבו :

ו כן מהנחוץ להעיר להקוראים הנכבדים שאף שבתחילת הכפתור ראשון מדובר ע״ד הגביות עדות מהעגונה הנעתק בראשית הספר ואח״כ נסתבכו מזה ענינים אחרים בהפרחים הבאים אשר בכל אחד מהם נגמר הענין המדובר בו · כאשר כבר הזכרתי מזה · בכ״ז כאשר יעיין הקורא רק בהפרח האחרון מכפתור רביעי ימצא גם ההתחלה וגמר לדינא בדבר האשה העגונה הנזכרת בהגב״ע הג״ל :

ז הדבר אשר המריצני לכונן סדר ספרי שלא כסדר שארי ספרים · זה הוא · כי יסדתי עמודי ספרי רק לשם וזכר נשמת בני יחידי הגאון זצוק״ל · ובאשר כי ערכו בחכמתו ובתורתו היה נעלה מכל בני העליה ע״כ סדר ספרי זה אשר לזכר נשמתו יסדתי באופן מופלא להיות האזכרה דומה להנזכר · וגם באשר דבר כי יפליא בעיני בני האדם יחוקה זכרו על לוח לבבו לדור דור (כדאיתא בחולין מלתא דתמיהי מדכר דכירי לה אינשי) ע״כ תכנתי באופן זה למען ישאר שמו וזכרו על תלמי לבות הקוראים הנכבדים לנצח נצחים [ועוד יש טעמים שונים אשר לא נתתים פה] :

א עוד מצאתי נכון לפני להעיר לפני הקוראים הנכבדים דברים אחדים טרם יבואו אל הס׳ פנימה להגות בו · שכמה הידושי תורה נסדרו ברעיוני מקודם · ואח״כ נכתבו עלי הגליון ע״י אחרים כי מחמת כהות עיני לא יכולתי לכתוב בעצמי והוכרחתי לטמון רעיונותי בחובי ימים לא מעטים עד עת מצוא סופרים כלבבי אשר יהי׳ לאל ידם להביא על הגליון את רעיונותי אשר נשכח · בלי תפונה מעט מזעיר מנהם · כמאמרם ז״ל בסנהדרין אע״ג דשני סופרי הדיינים עומדים לפניהם וכותבים דברי המזכין ודברי המחייבין נהי דבפומא כתבין ליבא אינשי אינשי ע״כ · מזה יורנו לדעת להוציא הדברים השקועים ברעיוני אדם תיכף ובל ילין אתו רעיונותיו ולמחר ישיחנה לאחרים · ולבד זה ירוע אשר יפלו עפ״י רוב שינוים ברעיונות הכותב ע״י אחרים אף שכותבין אותם תיכף בעת שנתחדש · ג״כ בוודאי ידין אותי הקורא הנכבד לכף זכות · והמבין ימלא מעצמו החיסרון ויחסור את היתרון · כי גם על הכ״י לא יכולתי לשום עיני עליהם מראשיתם עד אחריתם ולקרותם בעצמי מפני חלישת עיני וגם להעבירם תחת עטי הבקרת אחר כתיבתם נעשה ע״י אחרים אשר לא ידעו מהם מאומה כאשר כבר הזכרתי מזה · ואף ששני רבנים מובהקים הגיהו קודם ההדפסה את חיבורי בביתי וכל דבר הקשה הביאו אלי · עד שיצא כנגה בירור הדברים עכ״ז דעת לנבון נקל אם היה נשאר בזכרוני לשימם עלי הגליון כאשר נסדרו אצלי בעת שנתחדש היה מזוקק יותר מכמו שהוא עתה :

ב מקורא נכבד אבקש לבל ישא עלי עון לאמר : ראו זה הרהיב עוז בנפשו לכתוב לפעמים בסוף הפרח בקיצורי דינים „דלא כזה" „ודלא כזה" · כי הוא רק כפני שאין באפשרי לכתוב בלשון זולתו ומכבוד תורתם הסליחה [ובפנים נכתב רק הלשון שאיני מבין את דבריו ולא בלשון קושיא ותימה · כאשר עיני הקורא יחזה מישרים יעיין הקורא בכפתור רביעי שכתבתי כמעט בכל דין ודין אם יסכימו רבותי עמדין] כי מראש מנעתי א״ע מלכתוב בדברי דת ודין · רק חפצתי לכתוב חדושים בעלמא [והאיזה דינים שנמצאו בם באו אח״כ כאשר החילותי לכתוב לדינא ונסדרו בפנים על מקומם] אמנם אחרי אשר כתבתי הרבה הידושים בעז״ה השבתי דרכי החיבור ואשוה לנגד עיני איך שהחיבור שיהיה נכלל בו גם דינים יהיו לרצון יותר על פני תבל ע״כ שמתי הצדק לקו · והדין למשקלות · והעליתי דברי על קו הצדק ועל מרכז הדין :

ג וכאשר תהלוכית העת הזאת לפסוק להלכה מספר נדפס תיכף בצאתו לאור מבלי ראות מה טיבו של חיבור זה · ע״כ בקשתי כפולה מהמעיינים הנכבדים לבל יפסקו לדינא עד שיקובל על פני תבל כמאמר חז״ל בפסחים בריש אלו דברים על הדין הנשכח מהכמי דורם וז״ל הנח לבני ישראל אם אינם נביאים בני נביאים הם ע״כ :

וכן אבקש מאת אחי ובני עמי · אנא אחי בל תמהרו לסתור את דברי בטרם תלמדו את כל ספרי · יען כי כל דברי מחברתי אחוזים ומשולבים המה יחד ואם כי ענית במקום זה עשירה היא במקום אחר :

ד אל יהשדני הקורא אולי ימצא בספרי איזה ראיה או סתירה אשר נמצא כבר באיזה ספר לאמר · כי לא מקרבי יצאו הדברים האלה ומה גם אחרי רואו כי כבר שמתי דבריו בחיבורי לראיה על דברי או הבאתי סתירה על דברי מאותו הספר כי מפני שישנם ספרים רבים אשר היו שאולים אצלי על זמן מועט ולפעמים בעת כותבי הדברים לא היו הס׳ אצלי (ודע אחי הקורא כי טרם הוצאתי מפי מלים לכותבם עלי הגליון בדקתי והפשתי אחריו בכל הס׳ הנמצאים בביתי אולי כבר ישנם שם · אך מנסתרות נקני) :

עוד אחת אבקש מקורא הנכבד לעיין בהשמטות ותיקונים כי שם תמצאו דברים מועילים ונכבדים להענין ולדינא כאשר עיני הקורא יחזה מיערים באופן ישר אשר בנקל יוכל להביא כל אחת על מקומה בשלמות :

ואני תפלה יהא רעוא מן קדם מרא דבשמיא וארעא שימצא הספר הן וחסד בעיני המבינים המעיינים בו וזכות אבותי הגאונים [ה״ה ארוני אבי מורי הרב הגדול וכו׳ צדיק וכו׳ כקש״ת מוהר״ר **יהודא ליב** נ״י מד״א במארימפאלי וכבוד א״ז המנוח הגאון החריף אמתי מהור״ר **מנחם נחום** בהגאון המקובל מהור״ר **דוד** זצוק״ל וכבוד חותני מורי ה״ה הרב הגאון הצדיק מהור״ר **שמעון** אב״ד בבירז בהרב הגדול מהור״ר **אברהם** זצוק״ל ושאר גאוני משפחתינו אשר לא הזכרתי שמם · כי לא ידעתי בטוב ערך כל אחד ואחד · וזכות בני יחידי הגאון האברך מפורסם לתפארת וכו׳ מהור״ר **מנחם נחום נתן** זצוק״ל · יעמדו לי שאוכל להוציא לאור על פני תבל גם את הספר **צפנת פענח** אשר עמדי בכתובים אשר הוזכרו בו שבחי בני הגאון זצוק״ל בפרטות ומבואר בו מספד מר על בני הצעיר הנ״ל ושארי דרושים נחמדים במלים דאגדתא כן יזכני ה׳ להוציא לאור ספר **לקוטי שושנים** אשר אתי בכתובים גם ספרי **אפיקי יהודא** אשר בו נכלל קצורי דינים לקוחים מגמרא וראשונים ויש בו חידושי תורה של בני הגאון המנוח ז״ל · גם יזכני ה׳ להוציא על פני תבל את החיבור מב״י אחי הגאון הגדול כו׳ כו׳ מהור״ר **משה שלמה** זצוק״ל שהניח אחריו ברכה למזכרת עולמים תשובות לשואליו בדבר הלכה שמונח תחת ידי אחי הרב הגדול וכו׳ מוהר״ר **יעקב ישכר בער** נ״י :

ומחזיקנא טיבותא לידידי אנשי עיר בירז המעטירה ואנפיה אשר אנכי יושב בקרבם באוהלם אוהל של תורה ומזונותי בכבוד מהם נתונה · ועוד בכסף מלא חפנים החזיקו בידי · למען הפיץ מעינותי על פני תבל · למלאות חפצי לעשות שם ושאריה לזכר נשמת בני יחידי הגאון ז״ל זכותו יחופף עליהם · ואני בברכה אברכם ואמינא לפעלא טבא יישר חילם ויאריכו ימים ושנים המה וצאצאיהם יבלו ימיהם בטוב ובנעימות כברכת מוקירם ומכבדם :

המחבר.

ספר גן נעול
בפתור ראשון

שאלה איש אחד נשא אשה אשר בעלה הראשון המיר דת ישראל ושמו היה כשהיה ישראל יהושע בן צבי. והמיר דתו זה כמה שנים ויצא קול עליו שמת במיטאווע בבית אדון אחד ונסעה אשת המומר הנ"ל למיטאווע ושם במיטאווע השיגה גביות עדות מהב"ד שהיה שם בעת הזאת וזה נוסח הגב"ע אות באות · בפנינו ב"ד ח"מ העידו ב' עדים שהמומר אשר היה על פאצט דפה מת בערך ב' חדשים מזמן העבר ואחד מהעדים העיד ששמו אינו ידוע לו וא' העיד ששמו היה שמעון ששאל אותו פעם אחד ואמר ששמו כן · היום יום ד' ב' ניסן שנת הרמ"ו לפ"ק פה מיטאווע נאום פלוני · ונאום פלוני · ונאום פלוני · ע"כ נוסח הגב"ע · ועל פי גב"ע הזה נשאת האשה שנית בלתי ידיעת שום רב ומורה וכאשר נשאלו האיש הזה והאשה הנ"ל והמסדר הקידושין מאיזה טעם נשאת השיבו האשה ואביה איך שגבו עדות בב"ד במיטאווע כפי הגב"ע המובא לעיל אך בתוך הדברים אמרו שהעדים . שגבו מאתם הגב"ע הנ"ל קבלו מאתם היינו מהאשה ואביה הנ"ל חמשה רו"כ ובלתי זאת לא רצו הערים לילך לב"ד להעיד · גם אמרה האשה שהאדון הנ"ל שמת המומר בביתו כתב לארון אחר שיראה שתבוא אשתו לבקר את בעלה המומר הנ"ל שהוא חולה · ונסעה האשה הנ"ל למיטאווע ולא מצאתו ואמר לה האדון שנקבר מאיזה ימים אך בתוך הדברים אמרה האשה הנ"ל אשר האדון הזה ממיטאווע לא הכיר את בעלה קודם שהמיר דתו ובעת שכתב המכתב להאדון השני להודיע מחליו של המומר הנ"ל אשר תבוא אשתו למיטאווע ביקש המומר הנ"ל את האדון אשר יכתוב שתבוא זונתו האשה הנ"ל וזאת אינה יודעת האשה הנ"ל אם האדון ידע לכתוב זאת בלתי בקשת המומר הנ"ל אשר מקום מגורתה אצל הארון · גם אמרה האשה הנ"ל בתוך הדברים שהיא לא ידעה ולא הכירה את העדים ממיטאווע וגם המה לפי דעתה לא ידעו ולא הכירו אותה רק ששאלה את האיש אם הוא הכיר את המומר והשיב לה אחד אשר הכיר אותו ואח"כ אמר האיש אשר יש לו עוד עד אחד ואביה אמר אשר שאל אותו על שמו הושיק"ע · האשה הנ"ל ואביה הנ"ל אמרו אשר קודם פסח הבעל משנת תרי"ט יהיה שלש שנים מיום מיתתו של המומר הנ"ל שלא ככתוב בגב"ע · וגם בכלל אמרה דברים סותרים זא"ז · וגם כמה דברים סותרים דברי אביה מה שאינו נוגע לדין וזאת ג"כ אמרה האשה הנ"ל ואביה הנ"ל ששלח האדון בגדים וחפצים של המומר הנ"ל להאדון השני שהוא ימסור זאת לה ובשעת שהיתה האשה הנ"ל במיטאווע לא נתן לה מבגדים וחפצים הנ"ל מפני איזה טעם · כי אמר האדון הנ"ל „הוא ישפוט איך לעשות" ובתוך הבגדים הנ"ל הכירה האשה הנ"ל בגדיו הישנים שלו מה שלבש קודם שהמיר דתו בעת שהיה יהודי ודר עמה ולקח עמו בעת שהמיר דתו וגם אמרה האשה הנ"ל שהאדונים הריצו מכתבים זה לזה להודיע שמת המומר הנ"ל וגם נכתב בביכער של שופט העיר שמת המומר הנ"ל ונכתב בערכאות המרינה בוודאי שמת המומר הנ"ל · גם לפי דברי האשה ואביה ולפי הקול היה המומר כמה חדשים בבית האדון הנ"ל עד שיצא הקול שמת המומר הנ"ל בבית האדון הנ"ל וכאן נמצא וכאן מת וגם יש להאשה הנ"ל בת במיטאווע בבית הפאצט מהארון הנ"ל שלקח אותה אביה המומר הנ"ל מאתה ובעת המירה דתה , ואמרה בתה זאת לאמה שמת אביה המומר הנ"ל גם סיפרו לנו האשה ואביה הנ"ל איך שהלכו לקבול אצל הכהן הנוצרי במיטאווע שיתן לה בעלה המומר ג"פ כפי דת ישראל והיו שם בבית הכהן הנוצרי הנ"ל השלשה יחד היינו האשה הנ"ל ואביה הנ"ל ובעלה המומר הנ"ל ולא רצה המומר הנ"ל לגרשה וגם הכהן הנוצרי הנ"ל לא הניח לו לגרשה · וגם שמענו מפי השמועה שאיש עברי אחד אמר ששם החדש שנתנו להמומר הנ"ל מחמת שהמיר דתו אין השם כמו ששאלה האשה הנ"ל להעדים הנ"ל ואח"כ שלחנו מכתב להמ"ץ שהיה בעת הנ"ל במיטאווע אם הוא יודע איך היה המעשה בבירור שיכולים לסמוך ע"ז · וזהו ששלח לנו אגרת והעתקנו האגרת הנ"ל אות באות · קבלתי מכתבו וחיל ורעדה אחזתנו על דבר זה · ובקיצור מעולם לא נתתי גב"ע לאשה כזאת · והענין הזה היה שהודיענו הרב דשימבערג אשר היה בעת הזאת · שאודיע לו. אם מת המומר אשר היה בבית · · ואיך היה שמו של שם ישראל ואגבה עדות ע"ז ולשלוח לידו כל זאת וע"י נגבה העדות ולשון הגב"ע שלחתי לידו ע"י אותו האיש שהודיעני ע"י ואופן ההוראה אינני זוכר כעת בבירור כי הוא טלתא דלא רמיא וכו' ומחמת שענין זה על א"א חמור דקדקתי בדברי כאו"א מהעדים כפי מה שאמרו · וכתבתיו להודיע אולי יהיה לו נ"מ לדין שידין ע"ז ואני לא ידעתי מזה מאומה יותר ויותר רק מלאתי בקשת הרב רשימבערג · וחלילה לי ליתן היתר לאשה להנשא בגב"ע בזה כי מי גבר לא ידע שהאיש שמת צריך להיות ידוע

שהוא היה בעל האשה שמתירין לה ולכל הפחות היה נזכר בנב"ע מעט או הרבה מזה · גם אל יעלה ספק אולי כתבתי ונתתי גם לאשה ולא חשתי ע"ז מפני שסמכתי שאין כדאי באותו עדות להשיאה ולא יצא קלקול מזה חלילה וחלילה לחשוב עלי. זאת כי גלוי לכל דין של תשובת הרא"ש אשר הובא באה"ע סימן י"ז סעיף ה' בהג"ה ועת לקצר ועל כבודו מוטל לחקור אחר הדבר באר היטב כפי מה שידוע חומר הדבר ודי"ל ע"כ ההעתקה, ואנחנו אין ברצוננו לדרוש ולחקור עוד בענין הנ"ל ולידע היטב איך היה המעשה מחמת אף אם יהיה לפי דעתינו היתר לאחר שנחקור ונדרוש עוד בדבר הזה מיראי הוראה אנחנו ולא נזדקק לה להתיר אותה מחבלי העיגון ומי שלבו יהיה שלם בדין הזה מצוה גדולה להזדקק לה בהתירא כי ידוע להכמי בני ישראל ששקדו חכמים על תקנות עגונות בנות ישראל ולהדורא על התירא דידה וכפי שיצא מחכמי בני ישראל כן יהיה ואם יעלה על דעת מי שירצה להזדקק בזה שהוא נגד רצוננו אדרבא שנחזיק טיבותא למאוד למי שידון בדבר זה · ואפידיון נמטיה להאי גברא שיהפוך בהתירא דאיתתא דא ויברכהו ה' בברכה משולשת ויזכה לרב טוב הצפון לצדיקים בעלמא דעתיד לאיתתדתא :

על דבר אשת המומר המבואר בנביות עדות שנשאת בלא רשות ב"ד הנה לא עיינתי בתשובות האחרונים משני טעמים · אחד כי אינם נמצאים תחת ידי הנצרכים לזה · ושנית כי מי אנכי וכו' רק עיינתי בדרך העברה בעלמא בתשובת נודע ביהודא סימן מ"ב בתקנות עגונות ובתשובות ר"ע איגר סימן קל"א ולא פלפלתי כי אנכי יודע ערכי הקטנה שקטנם עבה ממתני ובפרט כי בגופא דדינא יסכימו עמדי אך מטעמים שונים · הלא זה מבואר בסנהדרין דף ל"ד מקרא אחד יוצא לכמה טעמים עיי"ש אם יסכימו שנים בגוף הדין אם בטעמים יפרדו זה מזה וכן הוא בחולין דף ל"ו ע"א עיי"ש :

כפתור א מספר גן נעול

פרח א'

תשובה · גרסינן בספרי פרשת שופטים והובא בספר יראים וגם בדברי האחרונים מוזכר קלא לא יקום עד אחד באיש אין לי אלא לדיני נפשות לדיני ממונות מנין · ת"ל לכל עון ולכל חטאת וכו' · אין לי אלא לעדות איש · עדות אשה מנין · ת"ל לכל עון וכו' בכל חטא אשר יחטא · אם סופינו לרבות אשה מה ת"ל איש · לעון אינו קם : קם הוא באשה להשיאה עכ"ל · לדעתי שע"ז סמכו חכמי התלמוד להאמין ע"א בעדות אשה שמת בעלה : ומתחלה נחקור מה שאמרו בגמרא בכמה מקומות אין דבר שבערוה פחות משנים · אם דוקא במקום דאתחזק איסורא דערוה בעינן דוקא שנים · אבל במקום שלא אתחזק איסורא ולא היתרא בדבר שבערוה בזה נאמן אף עד אחד · או גם בזה בעינן דוקא שנים · ובתוך הדברים האלו יתבאר הא דע"א נאמן לומר מת בעלה אם הוא אף מן התורה או רק מדרבנן · ואף דעת הרמב"ם בזה · כי נלאו בזה גדולי חקרי לב · זה אומר בכה וזה אומר בכה · הנה הריב"ש בסימן קנ"ה הביא דברי הרמב"ם (פ"ה מ"ה עדות) וז"ל · בשני מקומות האמינה התורה ע"א · בסוטה שלא תשתה מים המרים · ובעגלה ערופה שלא תערוף · כמו שבארנו במקומם · וכן מדבריהם בעדות אשה שיעיד לה שמת בעלה · וסיים הריב"ש הרי שביאר הרב ז"ל שאפילו בעדות מיתה שהוא דבר העשוי להיגלות אינו נאמן מן התורה רק מדבריהם · ולא כמו שהבין המורה והמשיב הסוא · המורה והמשיב הוא התשב"ץ כי כן כתבו האחרונים שנאמן מן התורה לדעת הרמב"ם · והנה אף שאנכי איני כדאי להכניס ראשי בין הרים הגדולים האלו · בכל זאת אכתוב מה שנראה לדעתי הענין · כי אנכי כותב כן בדרך למוד בעלמא שאנכי איני מבין את דבריו הקדושים · הלא זה מבואר ברמב"ם (ריש הלכות אישות) · וליקוחין אלו מצות עשה של תורה הם : ובאחד משלשה דברים אלו האשה נקנית בכסף בשטר ובביאה · בביאה ובשטר מן התורה ובכסף מדברי סופרים · והלא זה ידוע שבגמרא מבואר בכמה מקומות שקידושי כסף הם מן התורה · בג"ש קיחה קיחה משדה עפרון · ומבואר בכסף משנה שם שהביא מכמה גדולים שלשון הרמב"ם שהדבר שנלמד משלש עשרה מדות יכונה בלשונו מדברי סופרים · ומבואר בכ"מ שם שאף שעיקר מדברי תורה רק שפירושו מדברי סופרים · נוכל לכנותו מד"ס · עיין בסנהדרין (דף פ"א) והביא כמה ראיות לזה · וכן הוא מבואר בלשון הרמב"ם (פרק י"ג מהלכות עדות) · אבל שאר הקרובים מן האם או מדרך אישות יכנס פסולין מדבריהם · הרי מבואר שלשון הרמב"ם מה שלא נכתב בפירוש בתורה יכנה מדבריהם · או מדברי סופרים · א"כ יוכל להיות שגם הרמב"ם סובר שעד אחד נאמן מן התורה לעדות אשה · ואעפ"כ יכנהו בלשון מדבריהם מחמת שלא מפורש בתורה · ועיין בש"ך ח"מ (סימן ל"ג סק"א) ושם תמצא ג"כ מבואר שלשון הרמב"ם הוא כן ועיי"ש באריכות · ואבאר דברי הספרי הכל על נכון · כי לכאורה קשה דברי הספרי הנ"ל מאין נוציא מיתורא דאיש שעד אחד נאמן להתירא לאשה שתנשא הלא זה מבואר בסנהדרין (דף נ"ז ע"ב) שמאיש ממועט כותי · ואם כתוב בתורה איש שני פעמים מרבה כותי · דגרסינן שם ת"ר איש מה ת"ל איש איש לרבות העכו"ם שמוזהרין על העריות כישראל · וא"כ נוכל לומר דתיבת איש הנכתב אצל לא יקום ע"א באיש המבואר בספרי הנ"ל · היינו לומר שממעט עכו"ם שנאמן עד אחד על עכו"ם על העריות שאסורין לו · כמבואר בסנהדרין בדף הנזכר למעלה · ומיד האדם אפילו בעד אחד · וזה הפסוק נכתב בספר בראשית · לכן חזר ונשנית בספר דברים · והשתא אין אנו צריכים להדוחק שסוף הפסוק לא יקום מרבה אשה · ובתחילתו ימעט אשה · וחריפא סכינא מפסקא לקראי · אבל השתא הפסוק הוא כפשוטו · שמרבה הפסוק אשה שהוא בדינא כמו איש : ותיבת איש הוא ממעט כותי שנאמן עד אחד על העריות שלו · כמו שבארתי · ועיין בנזיר (דף ס"א) ע"ש בכל הסוגיא ובתוספות · אלא וודאי שהפירוש בספרי כך הוא · כי לכאורה קשה מה שמבואר בכמה מקומות בגמרא ואחד מהם בסוטה (דף ב' ע"ב) דיליף הגמרא שם בג"ש דבעינן בערוה שנים · דיליף דבר דבר מממון · ולכאורה קשה למה נצטרך הג"ש דבר דבר מממון הלא נוכל לידע מהקרא דלא יקום ע"א דבדבר שבערוה אינו נאמן ע"א · כמו גבי ממון · דהא בספרי הנ"ל לומד מן הקרא דלכל דבר בעינן שני עדים גם בעדות שצריכה לאשה כמבואר בספרי הנ"ל באריכות · וא"כ למה צריכין הג"ש דבר דבר · וצריכין אנו לומר דבלא הג"ש לא ידעינן דבדבר שבערוה אינו נאמן עד אחד · דהוה אמינא כמו דעד אחד נאמן להתירה להנשא

להשיאה· כמו כן נאמן לאוסרה על בעלה דמאי שנא הך מהך· וכי תימא דמשום הך נאמן להתירה משום דיש לה חזקה דדייקא ומנסבא· ומשום הכי נאמן להתירה· אי אפשר לומר כן· דא"כ למה צריך קרא דנאמן עד אחד להתירה· דהא ג"כ היא בעצמה נאמנת לומר שמת בעלי משום הך חזקה· א"כ כל שכן דנאמן ע"א להתירה· ולמה צריך קרא: אלא וודאי דהא דהוצרך קרא משום דקודם דקנסי' רבנן בכל הדברים המוזכר בריש האשה רבה· וליכא לה החומר שהחמירה עליה בסופה לא דייקת ומנסבא· וקודם שקנסום רבנן אין האשה נאמנת לומר מת בעלי משום דליכא חזקה· ועד אחד נאמן מגזרת הכתוב· לכן הוה אמינא כי היכי דע"א נאמן להתירה· ג"כ נאמן לאוסרה לכן צריכין הג"ש דדבר דבר· וגם לפי טעם המוזכר בגמרא דעד אחד נאמן מחמת דמילתא דעבידא לאיגלויי לא משקרי אינשי ג"כ ניחא· דנראה לפענ"ד דאף לפי טעם זה נוכל למילף דדבר שבערוה נאמן עד אחד כי היכי דנאמן להשיאה· דהא מן התורה אם בא ע"א ואמר שנטבע בעלה במים שאין להם סוף מותרת להנשא רק דחכמים אסרוה: דקרא דלא יקום איש הנכתב למעט שנאמן ע"א בעדות אשה להתירה הוא נכתב סתמא· ולקמן אכתוב ראי' מבוררת מזבחים (דף ל"ד ע"א) דאם נכתב קרא סתמא כל האופנים במשמע· ואם כן גם הכא שנכתב בסתמא· משמע שבכל האופנים נאמן ע"א לומר שמת בעלה· ואף אם אמר שנטבע במים שאין להם סוף· ובמים שאין להם סוף לא שייך מלתא דעבידא לאיגלויי מחמת שיש מיעוט שעולים מן המים: וא"כ לא הוי מלתא דעבידא לאיגלויי משום דהעד יוכל לומר שבאמת נטבע· אך הוא עלה מן המים· וסברה הזאת שאין שייך במים שאין להם סוף מלתא דעבידא לאיגלוי' שמעתי מגאוני זמנינו ונכון הוא· ואין לומר שגם בזה עבידא לאיגלוי· שלגבי האיש שאמר עליו שנטבע הוא יודע אם נטבע אם לאו· ולגבי' הוה מלתא דעבידא לאיגלוי' ולא משקרי אינשי· ודמיא להא דאיתא בבכורות (דף ל"ה ע"א) נאמן הכהן לומר בכור נתן לי ישראל במומו· מ"ט כל מלתא דעבידא לאיגלוי' לא משקרי אינשי וכו' אלמא דאמרינן מלתא דעבידא לאיגלוי' אף לגבי אחד אם עביד לאיגלוי שאמר שקר לא מתבדינן לי' שישקר ונאמן על דבריו· אך לפי מה שכתב הש"ך בח"מ (סימן ל' ס"ק י"ג) בשני עדים המכחישין זה את זה דדבר שיכול להתברר אם אומר אמת נאמן להכחיש את עד השני· וכתב דדוקא לגבי איסורין שנאמן עד אחד הוא דנאמן ע"א נגד השני המכחישו משום שיכול לברר דבריו· אבל בד"מ *) שצריכין שני עדים שם אינו נאמן אחד מטעם שיכול לברר· וא"כ לפי זה הכי נמי גבי בכור שנאמן אחד לומר שנולד המום בבית ישראל· שם ג"כ נאמן הכהן כנ"ל מטעם דעבידא לאיגלוי' אם נתן לו במומו אם לאו· אף שלא עביד לאיגלוי' כ"כ רק ע"י בעל הבכור לבדו אעפ"כ הוא נאמן מחמת שעד אחד נאמן בזה· אבל בדבר שבערוה שצריכים שני עדים בוודאי לא מהני מלתא דעבידא לאיגלוי' כזה· שבכל דוכתא המוזכר בגמרא דנאמנים מחמת דמלתא עבידא לאיגלוי' לא משקרי· אף דבלא זה היו צריכים שני עדים· כגון גבי קידוש החודש בר"ה (דף כ"ב ע"ב)· וכן גבי חלילה ביבמות (דף ל"ט ע"ב)· אעפ"כ נאמנים מחמת דמילתא דעבידא לאיגלוי'· עיין בר"ה (דף כ"ב) ד"ה אמר רב כהנא וכו'· וביבמות ל"ט ד"ה והלכתא וכו' התם דאם ישקרו יהי' גלוי לכל שקר העידו· לכן לא עבידא אינשי דמשקרי· אבל הכא שלא יהי' גלוי לכל שקר העיד רק לגבי איש הנטבע· לא מהמנינן לי' כתרי שנית· דקיל"ן ג"כ בעדות אשה באם בא ע"א שמת· ולאחר שפסקו ב"ד שמותרת להנשא· בא עד אחר ואומר שלא מת· הדין שנאמן עד הראשון· דהרי הוא כשני עדים· כדקיי"לן גבי עדות סוטה· וגבי עדות עגלה ערופה· ששם האמינה תורה עד אחד· אבל אם בא בבת אחת בזה לא אמרינן דמהימנן בעדות אשה· כמו דאינו נאמן גבי עדות סוטה· וגבי עדות עג"ע· עיין בסוטה (דף ל"א ע"ב ודף מ"ז ע"ב)· לפ"ז לא נוכל לומר דהטעם דהאמינו ע"א בעדות אשה· משום דמילתא דעבידא לאיגלוי לא משקרו אינשי· דלמה לא יהי' נאמן אם באו בבת אחת· כמו אם באו בזה אחר זה· דהא הטעם דנאמן בזא"ז משום מילתא דעבידא לגלוי' וכו'· דהעד שאומר שמת עבידא לאיגלוי· אם שקר העיד דאולי יבוא· אבל העד שאומר שלא מת· אף אם לא יבוא לא יתגלה ששקר העיד· דאולי מחמת איזה סיבה לא בא· זה הטעם שייך ג"כ בבאו בבת אחת· ואדרבה מחמת זה הטעם הי' לנו להאמינו אם באו בבת אחת יותר מאם באו בזה אחר זה· דהכא יש עד אחד שמכחישו· ולא אליף אינש להכחיש את העד במה שיהי' גלוי לכל אח"כ ששקר העיד· ומשא"כ גבי עדות סוטה וגבי עג"ע הנ"ל ששם נאמן ע"א מחמת גזרת הכתוב· לכן אין נאמן כשהעדים מכחישין זא"ז· רק אם באו זה אחר זה· כיון שהאמינו הב"ד קודם את הראשון הוי ליה כשנים· ואין יכול ע"א להכחישו· משא"כ כשבאו בב"א מאי חזית להאמין ע"א יותר מן השני· וגם כיון שמכחישין זא"ז הוי כמאן דליתא לעדים כלל· עיין בש"ך ח"מ (ספ"ז ס"ק ט"ו) ובקצה"ח שם· לכן אין נאמן ע"א יותר מן השני· וכ"ת הא גבי סוטה ג"כ יש טעם מה שמהימן ע"א כדאיתא בסוטה (דף ג' ע"א) תנא דבי ר' ישמעאל מפני מה האמינה תורה ע"א בסוטה שרגלים לדבר שהרי קינא לה ונסתרה· ועד אחד מעידה שהיא טמאה וכו'· ולפענ"ד דזה אין עיקר טעמו דהא כתב רש"י בדף זה שם בע"ב בד"ה שהי' בדין· וכן שם (בדף ל"א ע"א) בד"ה שהי' בדין· וכן בר"ע ברטנורה שם בפ"ו בריש משנה ג' דעד אחד נאמן גבי סוטה רק מגזרת הכתוב עיי"ש שכן כתבו בהדיא· וכן כתב הרשב"א בשו"ת המיוחסות להרמב"ן (בסי' קל"ג) וז"ל· אפילו עד טומאה לאחר סתירה חידוש הוא עכ"ל· וכן מוכח מהגמרא שם (בדף ב' ע"ב) אליבא דר"י דתיבת בה· בא למעט קינוי וסתירה ואם נאמר דהטעם דעד אחד נאמן אם אמר שנטמאת מפני שרגלים לדבר· למה צריך המיעוט דבקינוי וסתירה אין נאמן עד אחד· הא בלאו הכי ידעינן דאינו נאמן· משום דגבי קינוי וסתירה ליכא טעם דרגלים לדבר· וכן מוכח מר"א דס"ל שם דמסקה עפ"י ע"א אף דשם ליכא רגלים לדבר· ויש להאריך בזה שם ודו"ק כי קצרתי לכן נלפענ"ד כיון דהוכחתי מהגמרא דע"א נאמן גבי סוטה רק מצד גזרת הכתוב· וכן כתב רש"י בשני מקומות· וכן הרע"ב· וכן בתשובת הרשב"א הנ"ל והבאתי לעיל· דמה שאמר ר' ישמעאל דהטעם הוא דנאמן ע"א משום דרגלים לדבר אינו עיקר הטעם הוא· אלא דנאמן מצד גזרת הכתוב· ואמר זה הטעם לסניף בעלמא· וכיוצא בזה כתבו התוספ' בכמה מקומות דידע הש"ס שאין זה עיקר הטעם שמפורש במשנה· ועיין בסוכה (דף כ"ד ע"א) ד"ה ור"י וכו'· לפ"ז לא נוכל לומר דהטעם דנאמן ע"א שאמר שמת משום מילתא דעבידא לאיגלוי וכו' דא"כ יהיו נאמנים אף אם באו בבת אחת לפי הטעם דמילתא דעבידא לגלוי וכו' כמש"כ לעיל· אך בירושלמי (סוטה פ' בסי' ה"ד)· שמעון ב"ר בא בשם ר"י כאן לא היתה שותה ובעגלה ערופה היו עורפין· ופירשו התוס' (בדף ל"א ע"ב) בד"ה הא דמש"ה אף אם עד אחד מכחישו נאמן העד שאומר שנטמאת גבי סוטה· מפני שרגלים לדבר· אבל גבי עג"ע דלא מהימן העד שיודע מי הכהו רק מחמת גזירת הכתוב· משום הכי אם עד אחד מכחישו הי' עורפין דמאי חזית להאמין להעד אחד יותר מן השני· ולפי זה לא נוכל לומר לדידי' כדכתבנו לעיל דהטעם דרגלים לדבר הוי רק סניף בעלמא· ועיקר הטעם מחמת גזירת הכתוב לא היתה שותה· ולהירושלמי יש לומר שאינו מחלק בין בב"א בין בזא"ז· וניהדר לדידן דע"א נאמן בעדות אשה לומר שמת מדאורייתא עיקר הטעם הוא מצד גזרת הכתוב· ומה שמוזכר בגמרא הטעם משום דאשה דייקא וכו'· או משום מילתא דעל"ג משום הכי נאמן ע"א הוא רק דבלא טעמים הנ"ל הי' לנו להחמיר מדרבנן שלא יהיה נאמן ע"א· כמו שהחמירו חכמים במים

שאלים

*) פה מצאתי מקום להעיר את המעיין בספר הזה כי כל מקום שזכרנו בספרנו ב"ד נסנין דיני ממונות אין לו שייכות לותן כזה· כי אין ב"ד שמוכים נזה"ז ואך כהם יפה לא לענין קנסות וחבלות וד"מ וד"נ ובשיות וכדומה כמבואר נאמן בשבוע סי' א' וכן פתח דבר· ואגבי עתני לפנים בשאלי נדברים שאינו לא להלכה ולא למעשה אלא ע"ד מאמר רז"ל כית ספניגא וכו' אלא דרוש וקבל שכר·

שאל"ס · אף דמן התורה מותרת : משום חומרא דערוה החמירו רבנן · לכן הוצרך הגמרא לומר טעמים הנ"ל · שמפני זה לא החמירו רבנן דלא יהיה נאמן · אבל עיקר הטעם הוא דנאמן משום גזירת הכתוב לפי דעת הספרי הנ"ל · כיון דהקרא נכתב בסתמא כמש"כ לעיל · לכן הוי אמינא כמו דאחד נאמן להתירה אף שהוא דבר שבערוה · כך הדין בכל דבר שבערוה לא בעינן שני עדים · וקרא דלא יקום לא מרבה מילי דערוה כלל · לכן צריכין הג"ש דדבר דבר דבעינן שני עדים בדבר שבערוה · וע"א אינו נאמן : [ובזה מיושב קושית התוס' (בסוטה דף ג' ע"ב) ד"ה נאמר ודו"ק] ולפ"ז אתי שפיר דברי הספרי דלא נוכל לומר דתיבת איש ממעט כותי אבל להתיר אשה לבעלה אינו נאמן עד אחד · א"כ יהי' קשה למה צריכין הג"ש כדבארנו · וא"כ יוכל להיות שפיר דע"א נאמן לעדות בעלה מן התורה לדעת הרמב"ם · ומה שמכנה הרמב"ם בלשון דבריהם מפני שהוא אתיא מדרשה יכנה הרמב"ם בלשון מדבריהם :

פרק ב

עוד טען הריב"ש בס' הנ"ל מדברי הרמב"ם (פ"ז מה' נחלות) שבפירוש מצריך הרמב"ם לשני עדים כשרים לירד לנחלה ולא סגי בעד אחד וז"ל מי שטבע במים שאין להם סוף ובאו עדים שטבע בפניהם ואבד זכרו ואע"פ שאין משיאין את אשתו על פיהם לכתחלה הרי היורשין היו יורדים לנחלה על פיהם · וכן אם באו עדים שנפל לגוב אריות ונמרים וכו' · וכל אלו הדברים וכיוצא בהם אם אבד זכרו ואח"כ היו יורדים לנחלה בעדות זו אע"פ שאין משיאין את אשתו שאני אומר שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת · אבל לענין אם העידו עדים בדברים שחזקתן למיתה והעידו שראו אותן הדברים ושאבד זכרו אח"כ ונשמע שמת הרי אלו נוחלין על פיהם · הרי פירש כאן הרמב"ם ז"ל שעל פי שני עדים כשרים יורדים לנחלה ויורשין ולא סגי בעד אחד ואם כדברי זה המשיב הוא התשב"ץ הנ"ל למה לא סגי בעד אחד שנאמן מן התורה לדבריו דהא עשוי להגלות · ולאחר שהפסיק הריב"ש בדברים אחרים הביא ראיה מבוררת לזה שאין יורדים לנחלה ע"פ עד אחד מדאמרינן כתובות (פרק שני דייני גזירות) וכו' · ולפי עג"ד איני מבין דבריו שהרי מבואר בקדושין (דף ס"ג ע"ב) איבעיא להו מהו ליסקול על ידו · פירש דאם אב שאמר קדשתי את בתי נאמן לאוסרה על אחרים ואם באו עדים שאחר כך זינתה אם סוקלין ע"י האב שאמר מקודם שקידשה לאיש או לא · רב אמר אין סוקלין ורב אסי אמר סוקלין · רב אמר אין סוקלין כי הימני' רחמנא לאב לאיסורא לקטלא לא הימני' · רב אסי וכו' ופסק הרמב"ם (פ"א מה' איסורי ביאה הלכה כ"ג) כרב עי"ש · אלמא אף דהימני' רחמנא לאב לאוסרה על אחרים בכל זאת אינו נאמן לסקול דלמאי דהימניה רחמנא הימני' ולמאי דלא הימני' לא מהימנא · הכי נמי אף שנאמן עד אחד מן התורה להשיאה בכל זאת לענין להוריד לנחלה לא מהימן · וכי תימא לכאורה לפי זה יהיה קשה על רב מהא דאיתא בסוטה (דף ל"א) במשנה אמר עד אחד אני ראיתי שנטמאת לא היתה שותה ולא עוד אפילו עבד אפילו שפחה *) הרי אלו נאמנין אף לפוסלה מכתובתה והרי מוכח מזה דאף בכל מקום בעינן בממון שני עדים בכל זאת נאמנין להפסידה מכתובתה מחמת כיון דמן התורה ע"א נאמן לטמאותה · מפני כך נאמן כאן להפסידה בממון · וכן מוכח בירושלמי שם אמר ליה ר"י והיכן מצינו עד אחד בא"א כלום אלא כשם שעד אחד נאמן לטמאותה כך נאמן להפסידה מכתובתה · וכן פסק הרמב"ם (פרק א' מהלכות סוטה ה' ט"ו) וא"כ לכאורה קשה על רב ממשנה הנ"ל דלמה אינו נאמן האב לסקול ע"י כיון שנאמן לאוסרה כנ"ל · וצריכים אנו לומר דבשלמא גבי סוטה שהעד בא להעיד לפני ב"ד שנטמאת צריכים ב"ד לפסוק בבת אחת שהיא טמאה לבעלה וגם צריכים לפסוק אם הפסידה כתובתה או לא · וזה אין סברה לפסוק שלא הפסידה כתובתה א"כ אמאי היא טמאה לכן נאמן ג"כ להפסידה מכתובתה · אבל באב שאמר קדשתי את בתי בעת שפסקו הב"ד שנאמן לאוסרה על אחרים אינו מוכרח שתזנה אחר כן · וא"כ אם באו עדים אח"כ שזינתה אין מצרפין נאמנות האב לסקול על ידו כיון שהוא עדות אחרת וענין אחר שאינו מוכרח מהעדות הראשונה · וא"כ לפי זה ג"כ אדרבא נתחזקה דברי הריב"ש מכאן · דאם איתא דעד אחד נאמן מן התורה להשיאה · א"כ כיון דבעדות אחת צריכים ב"ד לפסוק שהוא מותרת וגם לענין דין נחלה היאך נעשה · א"כ אין סברה שיאמינו להשיאה ולא יאמינו להוריד האחין לנחלה · אלא וודאי מה שנאמן עד אחד להשיאה הוא רק מדרבנן ומשו' עיגונא או משום דדייקא · ומינכרא כדברי הריב"ש הנ"ל אך לפי עג"ד שאין לחלק בסברה הזאת דהא מבואר בתוספות בבא בתרא (דף קכ"ז ע"ב) ד"ה כך על הא דאיתא שם דתניא יכיר יכירנו לאחרים מכאן א"ר יהודא נאמן אדם לומר זה בני בכור · וכשם שנאמן אדם לומר זה בני בכור כך נאמן אדם לומר זה בן גרושה וזה בן חלוצה · וכתבו התוספות ע"ז וז"ל תימא לפי שנאמן לבכור יהא נאמן גם לפסול ולומר שהוא בן גרושה ובן חלוצה ויש לומר כיון שנאמן לבכור בכל ענין האמינו הכתוב ואפילו על אחד מבניו הקטנים נאמן לומר שהוא בכור וא"כ עושה לבניו גדולים ממזרים שמאיש אחר הם והכי נמי נאמן לומר שהוא בן גרו"ח וכו' עכ"ל · הרי חזינן מדברי התוס' אף שהאב נאמן לומר זה בני בכור אין יכולים לומר שיהא נאמן מחמת זה לומר שהוא בן גרושה וחלוצה · דאל"כ לא קשה קושיות התוס' כלום · א"כ לכאורה צריכים להבין מאי מתרצים התוס' דהיאך למד ר"י שיהא נאמן על בן גרו"ח מחמת שהוא נאמן לומר על בנו קטן שהוא בכור הרי שם מחמת הכרת בכורה של הקטן ממילא אנו יודעים שהגדולים הם ממזרים כיון שהב"ד צריכין לפסוק בב"א שזה הקטן הוא בכור ועל הגדול שהוא ממזר לכן נאמן כמו שהוכחתי אבל לומר שהוא בן גו"ח בלא הכרת בכור אמאי יהא נאמן וכדפסק בה"ג בתוס' שם אלא ודאי כיון דבתרי גופא ובתרי עניני הוא אין סברה לומר מחמת שהוא נאמן לומר על גוף ועל ענין זה יהא נאמן על גוף אחר ועל ענין אחר אף שהוא ממילא בעדות אחת · אלא סברת ר"י אליבא דהתוס' הוא זה שהאמינו התורה לומר שהוא ממזר ג"כ אינו מחמת הכרת בכורה כיון שהם תרי גופי ותרי עניני · וזה שדקדקו התוס' בלשונם שכתבו בכל ענין האמינו הכתוב וכו' לרמז בזה הלשון שגם לומר שהוא ממזר האמינו התורה · אף בלא הכרת בכורה · וא"כ מוכח מזה דצריכים לחלק דבתרי גופי ותרי עניני אף שהוא עדות אחת ונאמן לגוף אחד ולענין אחד · אינו נאמן לגוף אחר ולענין אחר · ע"כ בסוטה נאמן להפסידה מכתובתה ג"כ מחמת שהוא נאמן לטמאותה אף שהוא תרי מיילי בכל זאת נאמן מחמת שהוא גוף אחת ולא קשה על רב מזה בקדושין הנ"ל אף שהוא ג"כ גוף אחת לענין לסקול את בתו · אבל לגבי הבועל שבאו עדים להעיד שזנתה עמו בוודאי אינו נאמן האב לסקול אותו כי הם תרי גופי ותרי עניני · ע"כ אינו נאמן ג"כ על בתו אף שהיא גוף אחת מפני שאין להאמינו לגבי בועל שהוא תרי גופי ותרי עניני · וזה אין לומר שלא נאמינו לגבי בועל ולגבי בתו נאמינו · כיון שהוא ענין אחד אי אפשר לחלק בזה כנ"ל · וא"כ לפי זה דברי התשב"ץ נכונים שנאמן עד אחד מן התורה להשיאה ואפילו הכי אין נאמן להוריד האחין לנחלה כי הם תרי גופא ותרי עניני · אף דלענין פלגינן דיבורא מבואר בכמה מקומות בש"ס ופוסקים דבתרי גופא לחוד פלגינן דיבורא אף שהוא בחד ענין · נראה לפי עג"ד דשם אפשר לן לפלוג דיבוריו ולומר שעל איש זה לא העיד כלל משו"ה אין מאמינים אותו לגבי האחר אבל לגבי סוטה לא שייך זה וכן לגבי בכור שאנו מאמינים אותו על בנו הקטן שבנו הוא · א"א לפלוג דיבורי' ולומר שנאמין אותו ע"ז ולא על הגדול שהוא ממזר

לכן

*) בימים הקדמונים

לכן אין לחלק רק מחמת שהם תרי גופא ותרי עניינא. כנ"ל רק דשם אף בלא הכרת בכורה נאמן מן התורה כדברי התוספת דלעיל:

פרח ג

עוד טען הריב"ש והביא ראיה שאין עד אחד נאמן לומר מת בעלה מן התורה רק מתקנות חכמים ומשום עגונא אקילו רבנן · כדתנן פרק האשה רבה ביבמות (דף פ"ז ע"ב) גרסינן ניסת ואח"כ בא בעלה תצא מזה ומזה וכו' וקתני בסיפא אליבא דר' שמעון ואם ניסת שלא ברשות מותרת לחזור לו · ומפרש בגמרא מאי שלא ברשות · שלא ברשות ב"ד אלא בעדים פי' דאז אינה צריכה רשות ב"ד כיון שיש לה שני עדים ומשום הכי מותרת לחזור לבעלה משום דאניסא · וריישא ברשות ב"ד ובעד אחד ומשום הכי תצא מזה ומזה דחשבינן לה כמזידה · דהוה לה למידק כיון דלא התירו לה חכמים להנשא אלא מחמת שהיא דייקא והיא לא דייקא ולזאת קנסוה · ופסק רב הלכה כר' שמעון ורב ששת אמר דלא פליגי רבנן עלי' דר' שמעון בסיפא דלכ"ע הוא ולא היה צריך רב למפסקה וגם רב פפא סבר למיעבד בה עובדא מטעמא דמאי הוי לה למיעבד ובין דקיימא לן הכי או לא מ"מ מדברי רב ששת ורב פפא דס"ל דנשאת בעדים מותרת לחזור לו דחשבינן לה כמו אנוסה דלא הוה לה למידק · ואם איתא דעד אחד נאמן מן התורה משום דהוה מלתא דעבידא לאיגלויי · אמאי לא אמרינן נמי ברישא שנשאת ברשות ב"ד ובעד אחד שתהי' מותרת לחזור דהא אנוסה היא ולא הוה לה למידק דומיא דנשאת ע"פ עדים · וכן למה הצריכוהו לה רשות ב"ד כיון דיש לה עד אחד שנאמן מן התורה · אלא וודאי הדבר ברור שאין עד אחד נאמן בעדות אשה אלא מדרבנן דאקילו בה משום דהיא גופא דייקא ומנסבא ומתוך חומר שבסופה ומשום עיגונא · ע"כ דבריו בקצרה · ועיין משנה למלך (פי"ב ה"ל גירושין ה' ע"ו) · ולפי ענ"ד גם ראיה זו איני מבין שהרי לא בפירוש אמרה תורה שנאמן עד אחד רק דמצינו בשאר מקומות שאמרו חז"ל מילתא דעבידא לגלויי לא משקרא כאשר יבואר למטה · וזה הוא רק מטעם חזקה · והוא כשאר חזקות דמתירין איסור דאורייתא אף שאינו מפורש בתורה החזקה רק דיליף הגמרא בחולין (דף י' ע"ב) דאזלינן מן התורה בתר החזקה והחכמים עשו חזקה ע"פ סברה · וכמו באשה שאומרת גרשתני בפני בעלה חזקה דאינה מעיזה פניה בפני בעלה כמבואר בגיטין (דף פ"ט ע"ב) ובכמה מקומות וכן פסקו בש"ע אה"ע (סימן י"ז ס"ב) אף שאינו נכתב החזקה בתורה ולא נוכל לומר בחזקה זאת משום עיגונא אקילו רבנן רק דהחכמים סמכו על דעתן ועל פי סברה שהוא חזקה · והחזקה מן התורה נאמן אף באשת איש · ולזאת גם בכאן קים להו להחכמים שמת בעלה שהוא דבר דעבידא לאיגלויי · ובדבר דעבידא לאיגלויי לא משקרי אינשי · והוי כמו חזקה לכן נאמן אף מן התורה · ובכל זאת הצריכו רשות ב"ד שהם הצריכו לומר בזאת היא חזקה והיא נחשבת כמו מזידה אם נשאת בעד אחד כיון דלא הוה רק חזקה בעלמא · ומה שאנו יכולין לברר שלא לסמוך על החזקה הוה לה למידק · כמבואר בפסחים (דף ד' ע"א) המשכיר בית לחבירו בארבעה עשר חזקתו בדוק או אין חזקתו בדוק למאי נפקא מינה לשיולי' · ומשני דליתא דלשייליה וכו' ועיין בר"ן שם וא"כ מוכח דלכתחלה לא סמכינן על חזקה · וכן כתב הרב אלפס בחולין ברא"ש והר"ן שם גבי רוב מצויין א"ש מומחין הן · וכן הוא בטור יו"ד הלכות שחיטה (סימן א') · וא"כ היה לה למידק קודם שנשאת והיא לא דייקא הוה כמו מזידה · אבל בשני עדים דלא צריכה לדייק כלל וג"כ לא צריכה רשות ב"ד וא"כ הוה כמו אנוסה ודו"ק · אף שמבואר בספרי הנ"ל שעד אחד נאמן מן התורה וא"כ אין אנו צריכים רשות ב"ד שיאמרו שיש חזקה דמילתא דעבידא לאיגלויי לא משקרו אינשי ומשום הכי היא מותרת להינשא וגם דלפי הנראה מדברי הספרי אינה צריכה לשום חזקה רק דנאמן עד אחד מן התורה להשיאה מגד

גזירת הכתוב כמ"ש למעלה בפרח א' שגילה לנו התורה שנאמן עד אחד להשיאה · ולא צריכין לרשות ב"ד כלל אך מדברי הספרי לא זכר הריב"ש כלל ולא שום אחד מהראשונים לפי ראות עיני · והראיה שלא הזכירה הב"י רק הספר יראים הנ"ל · אך דעתינו בדברי הספרי יבואר למטה באריכות · וא"כ הלא מבואר מכל הנ"ל שעד אחד נאמן מן התורה להעיד שמת בעלה כנ"ל ·

[ומה שפירש פירש אחר בדברי הרמב"ם סוף הלכות גירושין הנ"ל שלכאורה נראה מדברי הרמב"ם הנ"ל שעד אחד נאמן מן התורה והוא פירש שיוכל הרמב"ם לסבור שעד אחד אינו נאמן רק מדרבנן בזה אניח כעת מלדבר ואבאר למטה דעת הרמב"ם בזה] :

פרח ד

ומה שסתר עוד דעת השואל התשב"ץ הנ"ל שהביא ראיה שעד אחד נאמן מן התורה בדבר העשוי להגלות ממה שע"א נאמן להעיד שקידשו ב"ד את החודש לפי שעשוי להיגלות · אפי' בתיקון מועדות שיש בו כרת כגון חמץ בפסח ועינוי יוה"כ · וא"כ אי אפשר להחמיר יותר בממון · כדאיתא בראש השנה (דף כ"ב ע"ב) משפט כתיב ביה וכו' · ועוד מביא ראיה מיבמות (דף ל"ט ע"ב) אפילו עבד ושפחה (בימים הקדמונים) וקטן שהוא מכיר ונבון נאמנין לומר זהו פלוני אחי פלוני וזו יבמתו ותולים על פיהם · וכן בשאר עדות של תורה בין בעדות ממון בין בעדות איסור שזה דבר העשוי להגלות ואפשר לידע אמיתת הדבר שלא מפיהם כעין שבארנו בהלכות גירושין וזה לשון הרמב"ם (פרק ד' מהלכות יבום הלכה ל') · עכ"ל · וסתר הריב"ש את הראיות הנ"ל וז"ל ואני אומר נראה שהחלק הזה לוקח בגדר אחד · כל מקום שנאמר במילתא דעבידא לאיגלויי ממון ואיסור שוין בו · ולדבריו אפילו אשה ושפחה וקטן נאמנין אפילו לענין ממון לומר מת פלוני כמו שנאמנין לומר זה אחיו של פלוני וזה טעות מפורסם · שהרי שנינו (יבמות קי"ז ע"א) במשנה שאין האחין נכנסין לנחלה על פיהם · ועוד שאם זה אמת למה הצריכו חכמים להחמיר עליה בסופה כדי שיקילו בתחילתה ולא תהיה עגונה הלא בלא חומרא מן הדין הכל נאמנין להעידה וכו' · אלא כי מעיינת שפיר בהך מלתא תמצא שאין כל מלתא דעבידא לגלויי בגדר אחד · כי יש דבר שאמרו בו מילתא דעבידא לגלויי שהוא דבר מפורסם לכל ועתיד להגלות בוודאי ובקרוב · כההיא דקדשו ב"ד את החודש עכ"ל · ולפי קוצר דעתי העניה נראה שדברי התשב"ץ השואל המה דברים ברורים · כי איתא בירושלמי יומא (ריש פ' א"ל הממונה) על מתניתין א' לה"מ צאו וראו אם הגיע זמן השחיטה וכו' · ופריך ועד אחד נאמן · שניה הוא הכי שאתה יכול לעמוד עליו · ופי' המפרש דמלתא דעבידא לגלויי שהרי בשעה מועטת יראה גם האור למטה וכו' · אמר עד אחד נולד איש פלוני בשבת מלין אותו על פיו · תשבה מולאי שבת מטלטלין אותו על פיו · ופי' המפרש שהוא נאמן לומר שהוא בן תשעה חדשים לזאת מותר לטלטל שאילו נולד בשבת הוא בן שמונה חדשים שאסור לטלטלו בשבת · כדאיתא פר"א דמילה ע"כ דברי המפרש בקיצור נמרץ · ומסיק עוד בירושלמי שמותר לטלטלו על פי נשים והבאתי דבריו בקצרה :

[ולכאורה משמיענו הירושלמי בדבריו לא זו אף זו · דדין האחרון יש רבותא יותר מן הראשון דנאמן עד אחד · ואם תקשה לך שהרי האיסור שלמול הוא רק מדרבנן ובזה איירי דין האחרון ומה זה רבותא יותר מדין הראשון שהוא מן התורה באיסור כרת ומיתה ב"ד · נוכל לומר דמיירי שלא נגמר היל"ה שערו וצפרניו וכדברי רבי ביבמות (דף פ' ע"ב) סימנין מוכיחין עליו שהוא בן שמונה וכן הלכה כרבי · ועיין יורה דעה בש"ע (ס' רס"ו) ואיירי נמי דברי הירושלמי באופן זה שלא נגמר שערו וצפרניו של הולד · ואף על זה נאמן העד שהיא נולד מבחשכה והוא בן ט' וא"כ נוכל לומר השמש בדברי הירושלמי שבדין האחרון יש בו רבותא יותר מן הראשון · וגם זאת עוד אבאר לך שלכאורה קשה הירושלמי מאי מקשה עד אחד נאמן והלא בדבר שבאיסורין עד אחד נאמן כדקיי"ל בכל דוכתא ונראה לפענ"ד אף שבשבת היא מצויה להשתנות כי יוכל להיות יום ויוכל להיות לילה וחזקה העשויה להשתנות לא מקריא חזקה כמבואר בשו"ת מהרי"ט (סימן י"א) בכל זאת אינו דומה שהוא בגדר חזקה העשויה להשתנות ואית לן לאוקמי החזקה כמו שהיה לילה מקודם כן עתה · ואף אם נסתך לומר שהיא חזקה העשויה להשתנות בכל זאת הלא סיכר שאול בקדושין (דף ס"ט) ע"ש בכל הסוגיא דחזקה עשויה להשתנות הויה חזקה · ועיין

בתוספות ד"ה מי וכו' פי' והכי נמי גבי יומא דמשלים שית הכי יוש עשוי להשתנות וא"כ אין בה חזקה דנערות ולא חזקה דבגרות והר"י פירש דרגילות הן לבוא בבוקר ולא שייך חזקה דנערות עכ"ל · ושמואל סובר דאוקמה אחזקה דנערות · ואין הכרח לומר אף לפירש ר"י דרב ושמואל פליגי בשאילות אם רגילות השימנים לבוא בבוקר אם לא כי זה דוחק · אלא וודאי דסבר שמואל דחזקה העשויה להשתנות הוי חזקה · וא"כ פריך שפיר הירושלמי לשמואל דסובר דחזקה העשויה להשתנות הוי חזקה א"כ אמאי עד אחד נאמן · דהא יש חזקה שהיה לילה עד השתא · ומשני הירושלמי שהוא דבר העשוי להגלות לכן עד אחד נאמן · ומתוך זה המציא הירושלמי עוד דין אחר שאם אמר עד אחד שנולד בשבת מלין אותו של כין בשבת אף שיש לו חזקה דהשתא הוא דילדה כמבואר (בבא קמא מ"ו) בתוספות ד"ה מודה ותוספות בבא מציעא (דף ק') ד"ה הא ותוספות חולין (דף י"א) ד"ה ור"מ דחייש למיעוטא ותוספות בכורות (דף כ' ע"ב) ד"ה חלב ובכמה מקומות בראשונים ובאחרונים · וא"כ עד אחד הוי נגד החזקה ובכל זאת נאמן העד לפי שמספקא לן בגמרא ריש האשה רבה ביבמות (דף פ"ח) עיי"ש בסוגיא בבבלי אי עד אחד נאמן בדבר דאיתחזק איסורא · משמיענו הירושלמי בדבר העשוי להיגלות נאמן העד דודאי לא משקרי בה אינשי · ועוד משמיענו הירושלמי אף דיש חזקה גדולה נגד דברי העד שלא נגמר שערו וצפרניו שחזקה הזאת עדיפא מרובא דרוב וולדות מפליין הן כמבואר ביבמות הנ"ל אפ"ה נאמן העד נגד החזקה מחמת שעשויה להגלות כי הירושלמי כוללם בחדא מחתא ובהדין הראשון אינו נאמן רק מטעם שעשויה להיגלות בדין האחרון ג"כ נאמן העד מטעם שעשוי להיגלות ומן הירושלמי למדין שנו דין חדש הף באיסור דרבנן אם אתחזק איסורא אינו נאמן עד אחד רק בדבר העשוי לגלות) והשתא אם כדברי הריב"ש הנ"ל שמחלק בדבר העשוי להיגלות בוודאי ובקרוב עד אחד נאמן אפילו בממון ובדבר שלא עשוי להגלות מיד רק מחמת עיגונא אקילו בה רבנן ולא בדבר אחר · שלא לידע אם נולד בשבת למול אותו בשבת או נולד משחשיכה לטלטל אותו בשבת התחום מכחים זה שעשוי להיגלות בקרוב דיוכל להיות שלא יבורר כלל כגון אם נולד במקום שאין אנשים מצוין שם כי הירושלמי מיירי בסתמות · ובשלמא קדשו בית דין את החודש הכל יודעין מזה ויבם ויבמתו גם בזה אי אפשר שלא נדע כי היו יחד זמן רב ומסתמא מכירין בו · וכהאי עובדא דמקרי שטרא לשני פרסאי בגיטין (דף י"ט ע"ב) התם נמי יוכל להראות השטר לאחרים · וגם מה שנבדקות על פי נשים אם יש בה שערות בנדה (מ"ח ע"ב) גם שם יוכל להתברר ע"פ נשים אחרים או בשאר דרכים · ובזה יוכל להיות סברת הריב"ש · אבל בהא דעד אחד נאמן שנולד בשבת הלא בזה אפשר שלא יוכל לברר כלל כי נולד במקום שאין אנשים מצוין · והירושלמי מיירי בסתימות כנ"ל · וא"כ מוכח מדברי הירושלמי אף שאין עד אחד נאמן בדבר שאיתחזיק איסורא בכל זה בדבר העשוי להיגלות נאמן עד אחד · וא"כ גם בעד אחד שאמר מת בעלה הלא עבידא לאיגלויי · ומה שטען הריב"ש הנ"ל א"כ יהיה נכנסין לנחלה על פי עד אחד שנאמינוהו ג"כ מטעם דמלתא דעבידא לאיגלויי לא משקרי אינשי כמו דהאמינוהו גבי אשה להתירה נלפענ"ד כי זה הוי כמו חזקה שבדבר העשוי להגלות אינו עשוי לשקר · וחכמים הם עשו החזקות ולא מפורש בתורה כל החזקות כנ"ל · ע"כ בממון יש חזקה אחרת כנגדה היינו חזקת ממון · אבל בערוה אף דג"כ יש חזקה חזקת א"א דנעמיד הבעל בחזקת שהוא קיים ונקראת חזקה בגופא. בכל זאת יש חזקה אחרת כנגדה דמדייקא ומנסבא דמרע לחזקת א"א והוי כמו דליתא לחזקה כלל · ולכן אם בא עד אחד ואמר דמת וגם יש לו כמו חזקה דמלתא דעבידא לגלויי לא משקרי ע"כ נאמן עד אחד להתירה · אבל בממון היינו להוריד לנחלה אף שיש ג"כ חזקה דמדייקא ומנסבא ומרע לחזקה שהוא קיים בכל זאת הלא נשאר עדיין חזקת ממון והמוציא מחברו עליו הראיה כן נלפענ"ד · ואף דמשמע ביבמות (דף קט"ו) באיבעיא אם נאמן עד אחד הוא מטעם דמלתא דעבידא לאיגלויי לחוד או נמי משום דהיא דייקא ומנסבא א"כ לפי חד צד האיבעי נאמן עד אחד אף בלא חזקה דמדייקא ומנסבא · א"כ לא איתרע חזקת שהוא קיים ואפ"ה נאמן א"כ לענין ממון נמי נימא הכי ונאמינוהו להוריד לנחלה · ע"ז יש לומר דהא דנאמן עד אחד בחזקה דעבידא לאיגלויי היינו נגד חזקה אחת אבל לא נגד שני חזקות כי גבי ממון יש שתי חזקות כנ"ל חזקת הגוף שהוא קיים וחזקת ממון כנ"ל · והחילוק שיש בין חדא חזקה לשתי חזקות מוזכר בערובין (דף ל"ו ע"א) רבא אמר וכו' :

פרח ה

ומה שטען עוד הריב"ש בסימן קפ"א ויש ראיה ברורה שאין עד אחד נאמן במלתא דעבידא לגלויי אלא משום עיגונא · מדאמרינן פרק האשה רבה (דף צ"ג) דבעי מיניה מרב ששת עד אחד ביבמה מהו ואמרינן שם בהדיא בדרך פשיטות דאין עד אחד נאמן להעיד לאיש שמתה אשתו שישא אחותה · דבשלמא גבי אשה משום עגונא אקילו בה רבנן אבל גבי איש מאי איכא למימר · וכן כתב הרמב"ם (פרק ג' מהלכות יבום הלכה י"ב) אין האיש נאמן לומר מתה אשתו שישא אחותה עד שידעו שני עדים שמתה אחותה ואחר כך תכנס לביתה · שלא האמינה עד אחד אלא משום התרת עיגונא כמו שבארנו עכ"ל · והנה רמז הרב ז"ל מה שכתב בסוף הלכות גירושין כדי שלא ישארו בנות ישראל עגונות · הוא טעם גם בעד אחד · ובמתה אשתו אף על גב דעביד לגלויי · כיון דליכא משום עיגונא אין עד אחד נאמן עכ"ל · גם בזה לפענ"ד איני מבין דבריו מהך דספרי הנ"ל · כי בפירוש למד הספרי מפסוק לא יקום עד אחד הנ"ל שנאמן עד אחד להשיאה כמו שמבואר שם לאשה אבל לא לאיש וא"כ לפ"ז אין להבין ראיות הריב"ש הנ"ל שלאשה האמינה התורה להעיד לה אחד שמת בעלה אבל לאיש אינו נאמן אחד לומר שמתה אשתו להתיר שישא את אחותה · והטעם הוא כמו שדעת חכמי התלמוד להקל באשה משום עיגונא אבל לא באיש · כן הוא דעת התורה ג"כ משום עיגונא הקילה התורה הקדושה · ונכון לשון הרמב"ם שכתב שלא האמינה עד אחד אלא משום התרת עגונות וקאי על התורה · והכוונה כי התורה אמרה להיות עד אחד נאמן לומר שמת בעלה משום תקנות עגונות · כי חכמי הגמרא הבינו זאת הטעם מדעת תורתינו הקדושה והכוונה הכל לדעת אחת · ומעתה מה שמבואר בלשון הפוסקים משום עגונא או משום תקנות עגונות כוונתם הוא על התורה וכמו שכתבתי ומדברי הספרי הנ"ל כאשר הבאתי כנ"ל · ואם תקשי לך כיון דאיכא טעם למה שהאמינה תורה ע"א בעדות אשה להשיאה משום עיגונא · א"כ למה צריכין הג"ש דדבר דבר כדי שלא נוכל למילף מהפסוק דלא יקום מדנאמן להשיאה נאמן ג"כ עד אחד אם העיד לאוסרה דהא דנאמן להתירה הוי משום עיגונא · וא"כ בלא הג"ש הנ"ל איך נחמיר שיהא נאמן אחד לאוסרה · ולמה צריכים הג"ש דדבר דבר כמ"ש פרח א' · זה אינו דבלאו הג"ש לא היינו אומרים דמשום עיגונא הקילה התורה · והוה אמרינן דנאמן עד אחד בעדות אשה מגזרת הכתוב גם לאוסרה · אבל השתא דאיכא הג"ש מזה יודעים אנו שהטעם שהקילה התורה באשה יותר מבאיש הוה משום עגונא · משום הכי אין עד אחד נאמן לאוסרה: [ומש"כ שם כיון דאיכא טעמא לא צריכין להג"ש · היינו לפי הטעמים שביארתי שם הוא מבוארים וגלויים שאף בלא הג"ש לא היינו אומרים ממה שנאמן להתירה יהיה נאמן לאוסרה · אבל זה הטעם דמשום עיגונא לא היינו יודעים כי הוא רק משום קולא ולא טעם גמור] וזה ג"כ לא קשה מלשון הש"ס דשם דאיתא התם בעי מיני' מרב ששת ע"א ביבמה מהו טעמא דעד אחד משום דמלתא דעבידא לגלויי לא משקרא וה"נ לא משקר · או דלמא טעמא דע"א דאיהי דייקא ומנסבא והכא כיון וכו' לא דייקא ומנסבא עכ"ל הגמ' דמשמע מהגמ' דלהטעם דמאמינים עד אחד משום דמדייקא ומנסבא אינו מאמינים לעד אחד היכא דליכא טעמא דדייקא אפילו במקום דעבידא לגלויי · וכבר כתבתי לעיל בפרח ד' דמהירושלמי דיומא הנ"ל מוכח דמאמינים עד אחד היכא דעבידא לגלויי אפילו היכי דליכא טעמא דמדייקא ומנסבא · כי יש לומר דהפשט בגמרא כך הוא · דהא חזינן אם טבע במים שאין להם סוף אפילו אם ראוהו שני עדים שטבע אף דמדין תורה מותרת להינשא בכל זאת החמירו רבנן משום חומר איסור ערוה אף דבכל מקום קיי"ל דאזלין בתר רובא אף בדיני נפשות ובכל זאת חשו רבנן התם למיעוטא שעולין מן המים · ולפי זה אף דהאמינה התורה עד אחד להשיאה מ"מ אמרינן דאין דבר שבערוה פחות משנים · ומוכרחים אנו לומר דמשום עיגונא הקילה התורה · ולכאורה גם בזה היו להם לרבנן

להחמיר

להחמיר משום חומר איסור ערוה ויהיה הדין כמו בכל מקום דאין דבר שבערוה פחות משנים ומכ"ש ממים שאין להם סוף: ועל זה בעי הגמרא הטעם דהאמינו רבנן לעד אחד ולא החמירו כמו שהחמירו במים שאין להם סוף · אי הטעם משום מלתא דעבידא לגלויי בוודאי לא משקר ולכן לא החמירו רבנן · או דלמא משום דאיהי דייקא ומנסבא וע"כ לא החמירו רבנן והכא דליכא טעמא דדייקא אף שמן התורה מותרת להינשא משום מלתא דעבידא לגלויי · בכל זאת אינו נאמן מדרבנן כמו שהחמירו במים שאל"ס אף שרובם אינם עולים מן המים · ולקמן אכתוב אי"ה ראיה מבוררת לזה מלשון הרמב"ם אף היכא דליכא טעמא דדייקא בכל זאת מותרת מן התורה לינשא ודין אחד להם כמו מים שאין להם סוף רק דרבנן החמירו · ובזה יהיה ניחא דלפי הספרי הנ"ל דנאמן עד אחד מן התורה לכאורה קשה אמאי מפליג ר"ש דאם ניסת שלא ברשות כגון שיש שני עדים מותרת להחזיר לבעלה משום דאנוסה · ואם ניסת ברשות כגון בעד אחד שצריכה רשות ב"ד אסורה להחזיר הא כיון דנאמן עד אחד מן התורה לא עדיפא שני עדים מעד אחד · וכבר כתבתי לעיל שבעין זה הקשה ריב"ש לדברי התשב"ץ · ולפי מה שכתבתי ניחא אף דמן התורה מותרת לינשא בעד אחד · מ"מ אם לא היו להם לרבנן הטעם דאיהי דייקא ומנסבא היו מחמירין וסמכו רבנן עלי' שגם איהי דייקא ומנסבא · ולכן אם בא בעלה חזינן שלא דייקא ע"כ הוה כמו מזידה ואסורה להחזיר לו · וכי תימא דלפי זה מאי בעי הגמרא מ"ט דעד אחד אי משום דעבידא לגלויי אי משום דאיהי דייקא הא יכול לפשוט מר' שמעון מדמחלק בין ניסת ברשות ובין ניסת שלא ברשות ע"כ הטעם משום דהיא דייקא דלטעם דעבידא לגלויי ליכא שום חילוק כנ"ל דיש לומר דהגמרא בעי בדרך זה דילמא לר' שמעון גופא ספוקי מספקא ליה · הטעם דלא החמירו רבנן בעד אחד כמו במים שאל"ס אי הטעם משום מלתא דעבידא לגלויי בודאי לא משקר · לפי זה אף ניסת ברשות כגון בע"א מותרה להחזיר · או הטעם משום דאיהי דייקא ולפי זה אם ניסת ברשות אסורה לחזור דהא חזינן דלא דייקא ואזיל ר' שמעון לחומרא · משום הכי לא רצה הגמרא למפשט מר' שמעון וכיוצא בזה מצינו בהרבה מקומות · ולזה הסברא אחרונה העירוני אחד מבני החבורה · ובאופן זה יתיישבו לפי עכ"ד דברי הפוסקים אף שכתבו דנאמן עד אחד מטעם דאיהי דייקא בכל זאת יכולים לסבור דנאמן מן התורה · גם בספר מראות הצובאות הביא ראיה שעד אחד נאמן מן התורה עיי"ש בסימן י"ז בס"ב ואח"כ דחה ראיתו ומסיק ראיתי שר' עקיבא סובר כן מדמחלק שאינו נאמן רק בעד כשר משיאין ולא ע"פ אשה וקרובים · אבל לפי שמסקינן כחכמים שמשיאין ע"פ אשה וקרוב ואין חילוק ביניהן לבין עד כשר ומדרבנן נאמן עיי"ש ואח"כ עכ"פ ר' עקיבא סובר דעד אחד נאמן מן התורה ולא נפלאת הוא לומר דעד אחד נאמן מן התורה בעדות אשה שהרי מצינו שר' עקיבא סובר כן לפי מראות הצובאות הנ"ל · גם הגאון ר"ע איגר רצה לומר שדעתו נראה לדין דעד אחד שאומר שמת בעלה דנאמן מדאורייתא וכו' עיין בתשובותיו בס' קכ"ד:

פרח ו

והנה המראות הצובאות הנ"ל הביא ראי' משבועות דף ל"ב ע"ב דעד אחד אין נאמן מן התורה דגרסינן שם א"ר פפא הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב וכו' · (פי' המשביע עד אחד שיעיד לה שמת בעלה וכפר שהוא חייב קרבן שבועה) והכל מודים בעד מיתה שהוא פטור דאמר לה לדידה ולא אמר להו לב"ד · (כשהשביעתו) דתנן האשה שאמרה מת בעלה תנשא (פי' וכיון שכן לא אפסידה מידי) והכל מודים בעד מיתה שהוא חייב · כגון דלא אמר לה לדידה ולא אמר להו לב"ד עכ"ל הגמרא · וכתב המראות הצובאות ולפי המתבאר למעלה קשה טובא דאמאי פטור מקרבן שבועה כאמר לה לדידה ולא אמר להו לב"ד הא אפסדה טובא דאם הי' העד כשר בעצמו מעיד בפני ב"ד היתה נוטלת נכסי צאן ברזל אם הי' לה כיון דנאמן מן התורה עד אחד להעיד שמת בעלה להתירה להינשא ג"כ נאמן לענין הצאן ברזל שתטול ע"פ עדותו · א"כ אכתי משכחת לה במשביע עד מיתה שהוא חייב קרבן שבועה אפילו היכא דאמר לה לדידה ולא אמר להו לב"ד עיי"ש · ולפי מה שכתבתי לעיל כמה ראיות שכתבתי לעיל בפרח ב' דבתרי גופא ובתרי עניינא אף שמאמינים לדברי עד אחד מן התורה לגוף אחד וענין אחד מ"מ יוכל להיות שלא האמינה התורה רק בענין זה אבל בענין אחר ולגבי איש אחר ע"ז לא האמינתו התורה · לפי זה ניחא דאף דמן התורה נאמן ע"א להשיאה בכל זאת אין מאמינים אותו לגבי צאן ברזל שתהי' נוטלת מנכסי בעלה כי הוא ענין אחר וגם בעלה הוא גוף אחר והולכין בזה אחר הכלל דאמרינן בכל מקום דבממון בעינן שני עדים · עוד הוכיח בסעיף ב' הנ"ל באות ט' וז"ל עוד נראה להוכיח דעד אחד נאמן בעדות אשה לא מדברי תורה אלא מד"ס · והוא מה שהסכימו רוב הפוסקים גבי מלחמה דע"א כשר לא מהימן אלא היכא דאמר קברתיו ואם לא אמר קברתיו חיישינן דאמר בדדמי אבל בשני עדים לא בעינן דאמר קברתיו דלא חיישינן בשנים דאמרי בדדמי כיון שנאמנים מן התורה לא דייקו בתרייהו · וכן פסק הרמ"א בהג"ה סעיף נ"ן ככתב המגיד פרק ז' מהלכות נחלות שכן מתבאר מדברי הרמב"ם ז"ל · ואם איתא דעד אחד כשר נאמן בעדות אשה מן התורה אמאי חיישינן דאמר בדדמי לא נחוש כמו דלא חיישינן בשני עדים כיון שנאמנים מן התורה · עיי"ש באורך · ולפי עכ"ד איני מבין ראיתו דהטעם דעד אחד נאמן מן התורה הוא משום מלתא דעבידא לגלויי ובוודאי לא משקרי אנשי כדכתבתי לעיל וכדכתבו רוב הפוסקים · וא"כ איכא למימר כאן משום דסומך העד שאף אם ימצא שקרן ימצא פתח לדבריו שאמר בדדמי לכן הוא משקר · [אך זאת הסברא יהי' ניחא לפי' הרשב"א ביבמות דף קט"ו דמפרש שם דגם העד זמנין דאומר בדדמי · אבל לפי פי' התוס' שם בד"ה שמעא · דכתבו דאף אם נאמר דאשה אמרה בדדמי אבל העד לא יאמר בדדמי · וגם לפי' אחד של הרב המגיד בדברי הרמב"ם שם ג"כ אינו פוסק זאת] עוד כתב להוכיח כן מהא דקיי"ל בעד אחד בקטטה דלא מהימנן כמ"ש הרמב"ם (פרק י"ג מהלכות גירושין) ה"א דחיישינן שמא שכרו אותו ואילו שנים נאמנים לשלש אפילו גבי קטטה · ואי ס"ד דע"א נאמן מן התורה מה לי שנים מה לי ע"א ובשנים לא חיישינן שמא שכרו אותן להעיד שקר ע"כ ראיתו · ולפיענ"ד גם בזה איני מבין ראיתו דאמרינן בגיטין (דף ס"ז ע"א) דשני עדים החתומים על שדה מקח ועל גט אשה יכולין העדים לקנות השדה או לישא את האשה · ומבואר ביבמות (דף כ"ה ע"ב) במשנה הכונס באשר את האשה בנדר על בעלה ה"ז לא ישאנה וא"כ מוכח דבשנים לא חיישינן שמחמת טובת עצמם יעידו שקר אבל באחד חיישינן שמא יעשה שקר לטובתו אף שהוא נאמן מן התורה · כמו גבי הכם שהוא כמו שלשה · הרי להדיא דיש חילוק בין שנים לאחד · וא"כ לפי זה אין ראיתו ראי' · ומה שהביא עוד ראי' ממה שהקשה הרשב"א ז"ל בחידושיו על הרמב"ם בזה דלמה ניחוש שמא שכרו אותו אם היא הוחזקה כל ישראל מי הוחזקו · כדאמרינן בכתובות (דף ל"ו ע"ב) · ותירץ מהרש"ל ביש"ש שאני עד אחד שאינו נאמן אלא מדרבנן ומשו"ה חיישינן טפי עיי"ש · הרי שלדעת הרמב"ם ז"ל עד אחד אינו נאמן בד"ת אלא מדרבנן · נראה לפי עכ"ד לתרץ קושיות הרשב"א הנ"ל על הרמב"ם הנ"ל בדרך אחר · כי הלא מבואר בגיטין (דף ס"ז) הנ"ל דגרסינן התם גופא אמר לשנים אמרו לסופר ויכתוב ולפלוני ולפלוני ויחתמו א"ה אמר רב כשר ולא תנשא בזאת בישראל · א"ל עולא לר' נחמן ואמרי לי' ר"נ לעולא מאחר דכשר אמאי לא תנשא · א"ל חיישינן שמא תשכור עדים · ומסיק א"כ הגמרא דבשני עדים לא חיישינן שיעידו שקר לטובת עצמם ועל ידם יהי' נגמר המעשה אבל דיבורא בעלמא שלא יהי' נגמר המעשה על פיהם עבדי אף שנים · וזהו אפילו בשני עדות חיישינן לכתחלה · והרמב"ם בפרק ב' מה' גירושין

כתב בזה הלשון שמתיישבין בדבר זה הרבה אם הגט יהי' בטל. אלמא דחיישינן לשמא תשכור עדים ועיין בשס"מ ובשאר נושאי כליו הטעם דפסק כן ועיין בא"ע (ס' ק"כ) ס"ד וברמ"א שם ובחלקת מחוקק ובבית שמואל שיש דעות שמחמירין יותר מהרמב"ם ול"א כל ישראל מי הוחזקו ואף דמסיק הגמ' שם דבשנים לא יעידו שקר מחמת טובת עצמם להיות נגמר המעשה ע"פ זהו. דווקא בשנים אבל בעד אחד נוכל לומר דחיישינן שיעיד שקר אם השכור אותו אף שעל ידו יהי' נגמר המעשה. וכמו שמצינו ביבמות (דף כ"ה) הנ"ל לענין הכס. ומכ"ש בהא דקטטה הנ"ל שמהדרת לומר שקר חיישינן שמא נזדמן לה ע"א ששכרה אותו להעיד כדבריה אפילו לענין מעשה: וכמו גבי חכם הנ"ל. ומה שכתב עוד להוכיח שע"א אינו נאמן מן התורה דהאיבעי' דעד אחד ביבמה (יבמות דף ל"ג ע"ב) והאיבעי' דע"א במלחמה פרק האשה שלום ביבמות (דף קט"ו ע"א) איפשטי דטעמא משום מילתא דעבידא לגלויי ע"א נאמן. וגבי בעיא דע"א בקטטה ביבמות (דף קט"ז ע"ב) כתבו הרי"ף והרא"ש דלא איפשטא בעיין. ומזה הוכיח שאין ע"א נאמן רק מדרבנן עיי"ש באורך. ולפענ"ד שגם בזה איני מבין ראיתו דמשו"ה לא איפשיטא הבעיא דעד אחד בקטטה דיהא מהימן משום מלתא דעבידא לגלויי כמו עד אחד ביבמה. משום דחיישינן שמא שכרה את העד [ומה שכתוב עוד להוכיח דע"א אינו נאמן רק מדרבנן מדברי הרמב"ם דסתרי אהדדי שכתב הרמב"ם פ"א מה' סוטה (ה' ע"ז) בא ע"א כשר ואמר נטמאת הרי זו אינה שותה וכו' עיי"ש בספר מראות הצובאות הנ"ל ולפענ"ד יש ליישב גם זה ואין רצוני להאריך בזה:

פרח ז

ובן הוא הפשט הפשוט בדברי הרמב"ם סוף הלכות גירושין וז"ל אל יקשה בעיניך שהתירו חכמים בעדות אשה עבד או שפחה או עובד כוכבים ומזלות (בימים הקדמונים) משיח לפי תומו ועד מפי עד ומפי הכתב ובלא דרישה וחקירה כמו שביארנו. שלא הקפידה התורה על עדות שני עדים ושאר משפטי עדות אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בוריו אלא מפי עדים ובעדותן וכגון שיעידו שזה הרג וכו' אבל דבר שאפשר לעמוד על בורי' שלא מפי עד ואין עד יכול להשמט אם אין הדבר זה אמת כגון זה שהעיד שמת פלוני לא הקפידה תורה עליו שדבר רחוק הוא שיעיד עד בשקר לפיכך הקילו חכמים בדבר זה והאמינו בו ע"א מפי שפחה ומהכתב ובלא דרישה וחקירה כדי שלא תשארנה בנות ישראל עגונות עכ"ל. והנה לפי ענ"ד הפשט הפשוט בדברי הרמב"ם הנ"ל שלא כדברי התשב"ץ השואל בריב"ש הנ"ל. שלפי דבריו קשה מה שהקשה הריב"ש מה שסיים הרמב"ם האמינו בו עד אחד עי"ש. ונראה לפי ענ"ד שהרמב"ם לשיטתו אזיל שנפשט האיבעיא בעד אחד ביבמה כמבואר לעיל ולכן הטעם דע"א נאמן הוא רק משום מלתא דעבידא לגלויי ולא משקרא. ולא משום דהיא גופא דייקא ומינסבא ומרעא לחזקת אשת איש. והיכן מצינו בתורה החזקה דלא משקרי אינשי במלתא דעבידא לגלויי בפירוש והמציאו חכמים מדעתם חזקה זו מחמת תקנות עגונות. ודרשו זאת מהפסוק לא יקום ע"א באיש אבל נאמן הוא באשה להשיאה. וטעם התורה ג"כ מחמת תקנות עגונות כי דעת חכמים ודעת התורה אחת היא. וכמו שכתבתי למעלה וא"כ אף מן התורה נאמן ע"א באשה להתירה. רק אם לא מצאו חכמים טעם דמלתא דעבידא לגלויי לא משקרי אינשי אפילו במלתא דא"א שאין כל כך עתידה להתברר. לא דרשו את הפסוק לא יקום ע"א באיש על עדות אשה כדרשת הספרי הנ"ל. רק באופן אחר במלתא דאית בה טעמא. אבל כעת שחקרו והתבוננו לטעם דנאמן ע"א אפילו במלתא דלא עבידא לגלויי כל כך. משום שלא תשארנה בנות ישראל עגונות נגלו חכמים להאמין כזאת ואז דרשו ג"כ מן הפסוק לא יקום ע"א המבואר בספרי הנ"ל להאמין ע"א בעדות אשה להתירה לינשא על פיו וכדעת הסיפרי הנ"ל. וגם בזה יהיה ניחא שלא תקשי שמוכח בירושלמי פרק אמר להם הממונה דעד אחד נאמן ומשום מלתא דעבידא לגלויי. ובבלי מספקא להו אם נאמן בזה הטעם או לא כמו שהקשיתי לעיל אבל בזה יהיה ניחא משום דלא עבידא לגלויי כל כך משו"ה מספקי להו להגמרא דידן ע"כ:

ואין להקשות אמאי לא מייתי הגמרא ריש האשה רבה שאיתא שם אלמא ע"א נאמן מנלן ובתחלה רצה הגמרא להוכיח מן התורה דע"א נאמן. ודחה שם הגמ' זאת ורצה הגמרא לומר דסברה היא דעד אחד נאמן. וגם זאת דחה שם הגמ' דמן הסברא לא ידעינן זאת ומסיק א"ר זירא מתוך חומר שהחמרת עלי' בסופה הקלת עלי' בתחילה וכו' ומשום עיגונא אקילו בה רבנן. ולפי מה דאיתא בספרי הא דע"א נאמן מן התורה א"כ קשה אמאי לא מייתי שם הגמרא דרשת הספרי שמוכח מן הפסוק דלא יקום וגומר דעד אחד נאמן להשיאה. ונראה לפענ"ד לתרץ דלכאורה קשה על הגמרא שם דאיתא התם מדקתני סיפא נשאת שלא ברשות וכו' מכלל דרישא ברשות ב"ד ובעד אחד אלמא ע"א נאמן ותנן נמי הוחזקו להיות משיאין עד מפי עד ואשה מפי אשה וכו' אלמא עד אחד נאמן ותנן נמי ע"א אומר אכלת חלב וכו' אלמא דעד אחד נאמן מדאורייתא מנלן ע"כ לשון הגמרא. וקשה כיון דהוכיח הגמ' ממתניתין דריש האשה רבה דע"א נאמן אמאי צריך הגמ' להביא מתניתין דהוחזקו להיות משיאין עד מפי עד וכו' ולהוכיח גם משם דע"א נאמן מאי אולמא האי מתניתין מהאי מתניתין הא כבר הוכיח ממשנה דע"א נאמן. דבשלמא מה שמביא הגמ' המשנה דע"א אומר אכלת חלב וכו' נוכל לומר דרצה הגמרא להוכיח ממשנה זו דנאמן ע"א גם מדאורייתא. אבל מהני תרי מתניתין הנ"ל לא מוכח דיהא נאמן ע"א מן התורה דלפי האמת לדעת כמה פוסקים דע"א אינו נאמן רק מדרבנן משום עיגונא אקילו בה רבנן. וכדי לתרץ זאת אומר אני שקושי' אחת מתורצת בחברתה דהגמרא ידע דרשת הספרי דמוכח מן הקרא דלא יקום וגו' דע"א נאמן מן התורה להשיאה. אך הקרא דוקא הוא שהעד הוא כשר. לא קרוב ולא פסול מעיד שמת בעלה וכדמוכח מקרא גופא לפי דרשת הגמרא בשבועות (דף מ' ע"א) לא יקום ע"א באיש לכל עון ולכל חטאת. לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אבל קם הוא לשבועה וכו' עכ"ל הגמ' ולשבועה הכל יודעים דבעינן דוקא עד כשר. אבל ע"פ קרוב או פסול לא משביעינן את הבעל דין. ובזה האופן מרבה לנו הקרא שעל פי עד כשר מותר להשיאה אבל לא ע"פ עד קרוב או פסול. ולכן על מתניתין דריש האשה רבה דמוכח משם דע"א נאמן לא בעי הגמ' מנלן דנוכל לומר דמתניתין איירי דוקא בעד כשר וזה מוכח מהקרא דלא יקום וגו' כדרשת הסיפרי. לכן הביא הגמ' המשנה דהוחזקו להיות משיאין עמפ"ע ואשה מפי אשה. דממשנה הזאת מוכח דגם ע"פ עד אחד שהוא קרוב או פסול מותרת להנשא. וזאת לא מוכח מהקרא דלא יקום וגו' לכן בעי שם הגמ' מנלן אחר שהביא המשנה הזאת ולא קודם. דממשנה דהוחזקו ידעינן שהמשנה דריש האשה רבה מיירי ג"כ שנאמן ע"פ קרוב או פסול. ולכן רצה הגמ' להוכיח מהקרא דאו הודע אליו חטאתו והדרשינן ולא שהודיעוהו אחרים. יכול אע"פ שאינו מכחישו יהא פטור ת"ל או הודע אליו מ"מ. היכי דמי וכו' אלא לאו חד וכי לא מכחיש ליה נאמן ש"מ ע"א נאמן וכו' עכ"ל הגמ' דמזה הקרא מוכח דלא בעינן דוקא עד כשר. אלא אפילו אם העד הוא קרוב או פסול ג"כ נאמן. וכהאי גוונא דרשינן נמי גבי סוטה בריש סוטה דתנו רבנן ועד אין בה בשנים הכתוב מדבר ומוכיח שם הגמ' מזה הפסוק דע"א נאמן. וכהאי גוונא איתא שם (דף ל"א ע"ב) ואיתא שם במשנה בע"א ולא עוד אפילו עבד אפילו שפחה (בימי הקדמונים) הרי אלו נאמנים וכן גבי עגלה ערופה (בדף מ"ז ע"ב) איתא שם טעמא דמכחיש ליה הא לא מכחיש לי' ע"א מהימן מנה"מ דתנו רבנן לא נודע מי הכהו וגו' וכו' ומהוכחת הגמ' מהמשנה זאת מוכח ג"כ דאפילו אשה מהימנה אלמא מוכח מכל זה דכל מקום דנאמן ע"א אפילו עבד ושפחה נאמנים. ואין לנו ע"ז הוכחה מן הקרא רק כיון דגילתה לנו התורה דלא בעינן

שנים

שנים ממילא כשר עבד ושפחה אך הקרא דלא יקום וגו' אף דמוכח מיניה דע"א נאמן להשיאה בכל זאת בעינן דוקא עד כשר דמסיפא דקרא מוכח זאת דכתיב בסיפא דקרא ע"פ שנים עדים יקום דבר וזה בודאי דוקא כשרים כן נמי רישא דקרא דמוכח מיניה דע"א נאמן להשיאה הוא ג"כ דוקא בעד כשר לפי מסקנת הגמ' ולכן הוכיח הגמ' מהפסוק דאו הודע אליו חטאתו שאפילו עבד ואשה נאמנים כיון דלא בעינן שני עדים ורצה הגמ' ללמוד מזה דגם בעדות אשה נאמנים אפילו עבד ואשה כיון דגם לעדות אשה לא בעינן שני עדים ואף דלכאורה קשה על זה דגם בשבועה דע"א זיקק להשביעו ובכל זאת בעינן דווקא כשר אך הגמ' הקשה קושיא יותר חזקה מזה דמזה לא יהיה קשה רק לעדות אשה דמוכח זאת מהקרא דלא יקום אבל על חלב דנאמן ע"א לא יהיה קשה זה כיון דילפינן מקרא אחר לכן הקשה הגמ' קושיא אחרת שקשה על שניהם ורצה הגמרא ללמוד שמן הסברא נאמן עד אפילו קרוב או פסול וכי תימא כיון דמן הסברא ידעינן דקרוב או פסול נאמנים למה נריכים הקרא דלא יקום וגו' כדפריך הגמ' בכתובות (דף כ"ב ע"א) ל"ל קרא סברא הוא ויש לומר שסברא הזאת אינה פשוטה כ"כ לכן כתב הקרא דלא יקום שעד אחד מותר להשיאה וכהאי גוונא מתרלים התום' בשבועות (דף כ"ב ע"ב) בד"ה איבעית אימא וכו' וכיון דגילתה התורה עכ"פ דעד כשר מהימן ממילא ידעינן הסברא אף שאינה פשוטה כ"כ ומזה הסברא אנו יודעין שאף עבד ואפילו שפחה נאמנים ואח"כ דחה הגמ' הסברא ומסיק א"ר זירא מתוך חומר שהחמרת עלי' בסופה וכו' ומשום הכי אקילו בה רבנן ומפני זה אמרו חכמים שאפילו עבד ואשה נאמנים ומזה ידעינן שגם טעם התורה שהאמינה לעד אחד ג"כ משום עיגונא הקילה התורה כדכתבתי לעיל אך חז"ל הקילו בה יותר שאפילו עבד ואשה נאמנים וזה ברור כי נלאו גדולים חקרי לב אף אם נאמר דעד אחד אינו נאמן רק מדרבנן קשה הפשט מהגמרא :

עוד נלפענ"ד לתרץ בדרך אחר דמשום הכי לא מייתי הגמ' דרשת הספרי מהקרא דלא יקום וגו' דנוכל לומר דהקרא מיירי דוקא היכי דליכא חזקת איסור אשת איש כגון דלא ידעינן שהיא אשת איש רק על פיה שאומרת שנתקדשה בפני שנים ומתו העדים והביאה עד שמת בעלה ע"ז אמר הקרא דעד אחד נאמן ואיך יתורץ הקרא לפי זה יבואר לקמן אי"ה באריכות אבל היכא דאיכא חזקת איסור א"א ובא ע"א ואמר שמת בעלה אין אנו יודעים מן הקרא דיהיה נאמן גם בזה ולכך רצה הגמ' להוכיח מהקרא דאו הודע וגו' דשם ג"כ יש חזקה נגד העד שלא אכל חלב דמסתמא מדקדק קודם שאכל אם הוא שומן או חלב וכעין זה כתב הט"ז בי"ד (סימן ס"ע ס"ק כ"ד) עיי"ש וסברת הגה"כ שחילק שם עליו לא שייך כאן ואח"כ רצה הגמ' לומר מן הסברא דשם ג"כ איכא חזקה נגד העד דהעד אומר שהיתה בוודאי שומן ועד השתא היתה בספק חלב וזה האופן מקרי חזקה נגד העד כעין שכתבו התום' בריש נדה בד"ה והלל וכו' שכתבו בסוף דבריהם דגמרינן דספק טומאה ברה"י טמא אפילו היכא דאיכא חזקת טהרה מסוטה ושם איתרעי חזקתה דרגלים לדבר דקינא לה ונסתרה אלא משום דאף דאיתרע חזקתה בכל זאת חזקתה שאינה אסורה לבעלה בוודאי ואפ"ה אסרה התורה לבעלה בוודאי וה"נ ספק טומאה ברה"י טמא בוודאי אפילו היכי דאיכא חזקת טהרה בוודאי עיי"ש בתוספות וה"נ איכא חזקה נגד דברי העד שעד השתא היתה בספק חלב ולדברי העד הוא בוודאי שומן ודחי הגמרא דמ"מ לא מיקרי איתחזק איסורא כיון דלדברי העד לא היתה מעולם בספק חלב וזה מיקרי לא איתחזק איסורא כפי דעת מוהר"ם שהביאו בשב שמעתתא בשמעתתא ו' בפרק ד' דע"כ לא אמרינן באיתחזק איסורא ע"א אינו נאמן אלא דווקא היכא דאף לדברי העד הוא מודה דמעיקרא איסור היתה ואח"כ מסיק הגמרא אלא א"ר זירא וכו' משום עיגונא אקילו בה רבנן אפילו היכי דאיתחזק איסורא ושאר דברים מבואר בתירוץ הא' :

נמצא לפי תירוץ זה הא דנאמן מן התורה ע"א להשיאה היינו דוקא היכא דליכא חזקת איסור א"א ונוכל לומר הטעם דהא דאמרינן בכל מקום דאין דבר שבערוה פחות משנים היינו היכי דאיכא חזקה המתנגדת לדברי העד אז בעינן דוקא שני עדים אבל היכא דליכא חזקה נאמן עד אחד בכל מקום בדבר שבערוה ולפי תירוץ הראשון אין ע"א נאמן בדבר שבערוה אפילו היכא דליכא חזקה והאי דנאמן ע"א להשיאה משום עיגונא הקילה בה התורה ודעת מהרי"ט בחידושיו לקידושין על הריף בסוגיא קידשתי את בתי וכא אחד ואמר אני קידשתיה בקידושין (דף ס"ג ע"ב) דהיכא דליכא חזקה בדבר שבערוה נאמן ע"א הביאו הבית שמואל בא"ע סימן ל"ז סק"ג ולפי דעתי גם הרמ"א פסק כן עיי"ש וכן היתה דעתו של הגאון ר"ע איגר עיין בתשובותיו (ס' קכ"ד) ומבואר שם שגם דעת הגאון ר"י בעה"מ ס' נתיה"מ ג"כ דעתו כן וכן הוא דעת מהרי"ק בתשובותיו בשורש ע"ב הביאו ה"ה שב שמעתא הנ"ל בשמעתתא ו' פרק ג' וכן הוא דעת תשובת מ"מ לפי דעת השב שמעתא הנ"ל שם ולפי זה גם הדין בממון דבעינן שנים דוקא היכי דבאו שנים להוציא מיד המוחזק אבל היכא דליכא חזקת ממון כגון שמונח החפץ ברשות הרבים ובאו שנים זה אומר שלי הוא החפץ וזה אומר שלי הוא ועד אחד מעיד כדברי אחד מהם נותנים את החפץ לזה שהעד מסייעו דהא איתא דבממון בעינן שנים אף היכא דליכא חזקת ממון א"כ ה"ה גם בערוה אפילו היכא דליכא חזקה בעינן שנים ג"כ דהא גמרינן מהדדי בג"ש דדבר דבר והנה ראיתי לאחד שהביא ראיה דבממון היכא דליכא חזקה נאמן עד אחד מדברי הר"ן פ' גיד הנשה בסוגיא דבשר שנתעלם מן העין בד"ה אמר רבא וכו' הוא הדין דהמציאה נמי נאמן אדם לומר כליו של פלוני הם דכיון דלית ליה הנאה מיניה לא חיישינן דמשקר עכ"ל זאת על זכרוני שראיתי שאחד הביא ראיה זו ולכאורה יש לדחות ראיתו בשלמא גבי מציאה בזה טוען ברי שלי הוא ואין אחר מכחישו משום הכי נאמן אבל אם אחר מכחישו אינו נאמן ע"א וכמו כן כתב החלקת מחוקק בסי' הנ"ל אך לפי דברי הבית שמואל שם משמע שאין לחלק בזה ולפי דבריו קיימה ראיתו ושמעתי מבני הגאון מוהר"ר מנחם נחום נתן זלה"ל בהיותו בינקותו הסבר אחר דהא חזינן דמהדרינן עבידתא לגורבא מרבנן בעביעת עין משום דקים לן דלא משקר ואף שיש כאן רובא נגד דבריו שהיה לנו לילך אחר רובא דעלמא כמו שמצינו בשאר מקומות בתלמוד ואפילו הכי נותנים את האבידה לצורבא מרבנן והיכא ששנים חלוקים בדבר אחד והמוחזק אומר אינו יודע אם נתחייבתי לך ואינו צורבא מרבנן והשני שהוא צורבא מרבנן אומר ברי לי שאתה חייב לי אינו נאמן הצורבא מרבנן ואין לנו לחלק רק בזה האופן דבמציאה אין שם חזקת ממון דאף המוצא מציאה אינו נקרא מוחזק כיון שבודאי אינו שלו ורצונו להחזיר את המציאה למי שיברר שהוא שלו וכעין זה כתב הש"ך בחו"מ (סימן נ"א ס"ק י"ב) אבל היכא דחולקים על ממון והאחד מוחזק אינו נאמן הצורבא מרבנן נמצא לפי זה דהיכא דליכא חזקת ממון נאמן ע"א ואם כן ה"ה בעדות אשה נאמן ג"כ ע"א היכא דליכא חזקת אשת איש כיון דגמרינן ג"ש דדבר דבר מממון :

פרח ח

והנה מדברי השטה מקובצת אשר הביא הקצה"ח ח"מ סי' רמ"א סק"א שכתב בפ' איזהו נשך וז"ל ויש לנו גזולה בזה לפי דעתי בקדושין דגמירי ערוות בדבר דבר מממון כתיב הכא כי מצא בה ערות דבר וכתיב התם עפ"י שנים עדים יקום דבר ואלו ערוות כעין ממון כשניהם מודים אמאי אינה מקודשת דהא גבי ממון הודאות בע"ד כמאה עדים דמי אלא דהתם לא ילפינן ערוות מממון אלא ממקום שנאמר בממון דבר דהיינו עפ"י שני עדים והתם [illegible] דוקא דילפינן מה התם עפ"י עדים אף ערוות דווקא

עפ"י עדים כממון במקום הכחשה עכ"ל הש"מ כפי אשר העתקתי
מקצה"ח שם · נראה מדבריו דלא לגמרי אקשינהו הכתוב שיהא
שניהם שוין ממון ועריות ולא נתקבלה הג"ש רק בפרטים
דהא חזינן דלא ילפינן עריות מממון לענין שיהא נאמן בהודאתו
בעריות כמו בממון · אבל מחידושי הרשב"א בקידושין דף ס"ה
ע"ב לא נראה כן · וז"ל שם א"ל רב אשי לר"כ מאי דעתך
דילפת דבר דבר מממון · אי מה להלן הודאת בע"ד כמאה
עדים דמי אף כאן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי · א"ל התם
לא מחייב לאחריני · הכא מחייבא לאחריני וכו' · ומסתברא
דהכי פירושו · מחייבי לאחריני דנאסרה אכ"ע בהודאתה זו ·
ואין לך מודה שנתקדשה שאינה מחייבת אחרים · וכן פ"י ר"ה
פעמים שבא אחד וקידשה ונמצא בהודאתה מחייבת לאחרים
ע"כ · מיהו הכתי קשה מאי מחייבת איכא · דמאי אית להו
עלי' ומאי שייכי בה · דנימא שהיא חייבה להן בהודאתה ·
אטו מי שהודה שמכר שדהו לאחרים אינו נאמן · ומי קרינן
בי' מחייב לאחריני · ואפילו לר"כ דאמר בפרק קמא דב"מ
המגבי' מציאה לחבירו לא קנה חבירו · וקא יהיב טעמא משום
דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים · ואעפ"י שאותן אחרים
לא היו להם בה שום זכות · שאני התם דהוי כהפקר וזכות
הכל עליו · ונמצא זה כמחייב לאחרים שהיו יכולין לזכות בה
בלא רשות · אבל כאן שאין לאדם זכות עליה ואין אדם זוכה
בה אלא מדעתה מאי חב לאחרים איכא כו' · י"ל דגבי ממון
אי לא דכתב רחמנא אשר יאמר כי הוא זה · דמיניה גמרינן
הודאת בע"ד הוי אמינא דלעולם לא מקיימי מילתא אלא
בסהדי · משום דכתיב עפ"י שני' עדים יקום דבר · וכדאסתפקא
מלתא למר זוטרא ולרב אחא דבסמוך · אלא דאתי כי הוא זה
וגלי לן דיקום דבר במקום דאיכא חובא לאחרינא כתיב ·
והלכך עריות דכתיב בהו דבר ע"כ לגד ממון שיש בהו חובה
הוקשו ולא לגד ממון שאין בהם חובה ולומר דלא מקיים בהו
מילתא אלא במקיימי דבר ומשום דאית בהו כעין חוב לאחרינא
אקשינהו לגד ממון דאית בהו חובא ולא שתהא חובתו של זה
כזה דזה חב ממש וזה אינו חב ממש כדאמרן עכ"ל הרשב"א
והנה בקצוה"ח סימן רמ"א הרבה להקשות על הרשב"א שם ופי'
בדקך אחר בגמ' הנ"ל ולענ"ד י"ל כך דהנה בתשובות מוהר"י בן
לב הובא בקצה"ח סל"ד ס"ק ד' וז"ל דאם נוגע בעדות פסול
משום קרוב א"כ לחובה אמאי נאמן דהא קרוב פסול בין לזכות
בין לחובה · והעלה שם דהכר להוב · היינו משום דאתיגן עלה
מתורת חיוב ומתורת מתנה · כיון דיכול אדם לחייב עצמו
כשאינו חייב וזה שמודה שחייב הוי כאילו אמר חייב אני לך
מנה ויכול לחייב עצמו · וכמ"ש בעה"ת ע"ש ע"כ · ולכאורה קשה
על מהר"י בן לב מה צריך הטעם דתורת מתנה יש לנוגע · הא
נאמן במיגו דאי בעי יהיב לי' נכסיו במתנה וכדאיתא פרק
עשרה יוחסין ובפרק יש נוחלין יכיר מלמד שנאמן האב לומר
זה בני בכורי הוא ופריך הגמרא יכיר למה לי הא אי בעי
יהיב לי' במתנה · ותירץ הקצה"ח ע"ז דאם המה נאמן מטעם
מיגו אם הי' עדים כנגדו דאין חייב אז לא היה נאמן ע"ז
דתו לא שייך מיגו דהוי מיגו במקום עדים · ע"ש בקצה"ח
שתירץ באריכות קצת · אך מה שהקשה הקצה"ח עוד על
מהר"י בן לב וז"ל דגם בטעמא דמהר"י בן לב קשיא לי טובא
דהא באומר להד"ם ואח"כ באו עדים דא"נ לומר פרעתי אע"ג
דעדים מעידים שפרע משום דהוא נאמן על עצמו יותר ·
וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי והתם ליכא למימר
דהוא בתורת חיוב חדש · דהא אדרבא הוא בא לפטור עצמו
בטענות פרעתי עכ"ל · ונראה לי לתרץ דהר"י בן לב סובר
באמת דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי הוא משום כי הוא זה
כמש"כ ג"כ הקצוה"ח שם · ולא פליג בזה רק הוא סובר דלא
אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים כ"א במקום דלא חב לאחריני
בהודאתו אבל במקום דהוא חב קצת לאחרינא בהודאתו
[כגון דהלוה היום מאה מנה ואח"כ העיד לאחר לחובתו ומתוך הודאתו
יגיע חוב ג"כ להמלוה שלו [דבאופן אחר שהלוה מאחד כבר והיום העיד לחובתו
וגם לחובת המלוה הא קיי"ל דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת אפי' למלוה בשטר
מאוחרת לגבות מבני חרי כשו"ע חו"מ סימן ק"ד סי"ג] · כי לא יוכל לגבות
המלוה חוב שלו בשלימות ואם לא ימצא לו לשלם לשני החובות להמלוה ולמי
אשר העיד לו יהיה הדין דיחלוקו המלוה שלו עם האחר אשר העיד לו] ·
וכאן לא מהימן משום הודאת בע"ד · ורק משום טעם דמהר"י
בן לב דהוא נאמן בתורת חיוב ובתורת מתנה · ויליף לה מהריב"ל
מעריות דבמקום דחב לאחריני קצת אינה נאמנת מטעם הודאת
בע"ד · ורק בממון דאיכא עוד טעם דמתנה · והיוב · מהאמת
זה מהימנן ליה אף במקום דחב קצת דבחב גמור גם בממון
אינו נאמן כידוע ולהכי אתי שפיר מה שהקשה מהר"י בן לב
מנוגע בעדות שהוא מרמ"א דמשתמא כוון לקושיות הש"ך בסי'
ל"ז סק"א שהקשה שם מהא דכתב בהג"ה סעיף ע"ז ה"ל
להקשות טפי ממודה במקצת שמבואר בתורה שנאמן להוב לעצמו
ואמאי הא קרוב הוא · וכמו שהביא הקצה"ח רא"י ממודה
במקצת לנוגע בעדות לחובתו · אלא וודאי מה דלא הקשה
ממודה מקצת · משום דא"ל דהם איירי היכי דאינו חב לאחריני ·
וע"כ הוא נאמן מטעם הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ·
אבל נוגע בעדות לחובתו הוא חב גם כן לאחרינא · כמבואר
בהג"ה שם שמעיד שהטלית הוא של ראובן ואינו של יהודא וגם
כן אינו שלו דהם לא רצה מהר"י בן לב למימר טעמא בהודאת
בע"ד כמאה עדים דהתם חב לאחרים כדיליף לה מעריות
כמבואר לעיל שכן הקשה מנוגע · ותירץ מטעם חיוב או מטעם
מתנה · אבל בזה אשר הקשה הקצה"ח באומר להד"ם ואח"כ
באו עדים דאינו נאמן לומר פרעתי משום דכל האומר לא
לויתי כאומר לא פרעתי דמי · התם חייב לשלם לו משום טעם
דהודאת בע"ד אף לפי מהר"י בן לב משום דכיון דאומר לא
לויתי מודה דלא פרע עדיין וגם נאמן אף אם חב לאחריני
בזה · אף על פי שמטעם דהודאת בע"ד אתינן עלה · כי הטעם
דבמקום דחב לאחריני לא מהימן הוא משום דחוששין לרמאות
ולקנוניא וכדמבואר בכתובות (דף י"ט) וברא"ש שם וז"ל ואף
אם לא נודע לנו בשעת הלואתו שהוא חב לאחרים בהודאתו
כיון שנודע לנו אח"כ איגלאי מילתא למפרע שכוון לחוב
לאחרים ולאו כל כמיניה ע"כ · אבל הכא דטען מתחילה
להד"ס לא שייך טעם זה דאיגלאי מילתא למפרע כי לא נודע
מתחלה שחבירו יביא עדים אח"כ שיאמרו לוה ופרע ואף
אם נאמר לחוש להשפא רחוקה כזו דנאמר שגם הלוה שטען
מתחלה להד"ס היה יודע שיביא המלוה אחר כך עדים שיאמרו
שלוה ופרע ועשה קנוניא עם המלוה בכדי שאח"כ כשיבואו
עדים ויעידו אז הוא ישלם לו · ועשה בערמה כ"כ בכדי שלא
יוודע ערמתו · בכל זה הוא נאמן בזה מטעם מיגו דאי בעי
יהיב לי' במתנה · ואין לומר דאינו רוצה ליתן במתנה דשמא
אין דעתו להפסיד · דעכשיו שעושה באופן זה המלוה יודע
שאין חייב לו ולא יטול ממנו בחיוב אבל אם יהיב לי' במתנה
אזי יטול · וא"כ לא הוי מיגו · וכעין זה כתבו התוס' בכתובות
(דף מ"ט ע"א) ד"ה וכגון וכו' · ושאר פוסקים · דהתם לגבי
המלוה שאומר שטר אמנה הוא כתבו התוס' שפיר דהתם
אין צריך המלוה שיועש הלוה שיאמר ג"כ שהוא שטר אמנה ·
אבל הכא כיון דלעשות קנוניא בזה צריכין סיועת המלוה
שיביא עדים שיאמרו שלוה ופרע וכיון שכן יכול ליתן למלוה
שטר חוב לפנים אפי' אם אין לו נכסים · והמלוה לא יתבע
ממנו בחיוב כיון שהוא יודע שהוא לפנים כדמבואר בכל
הפוסקים דהיכי דאית לי' מיגו נאמן אף במקום דחב לאחרים
בהודאתו · ודו"ק היטב · עוד הקשה הקצוה"ח שם על מהר"י
בן לב וז"ל ועוד דהא בחיוב חדש ודאי בעי אתם עדי · ובלי
אתם עדי לא כלום הוא וכמו שכתב בשו"ע סימן מ' ובמודה
בחוב ישן אשכחן דאפילו בלא אתם עדי והיכא דלא טען לא
טעינן לי' השטאה · וחייב לשלם וכדאיתא בסנהדרין (דף
ל' ע"ב) וכו' עיי"ש · ג"כ יש לתרץ דהדין שמבואר בהג"ה סי"ז
הוא מעיד לפני ב"ד ולכן לא בעינן אתם עדי וכדמבואר
בחו"מ (ספ"א סכ"ב) ובש"ך שם (ס"ק כ"ו) וכמבואר גבי אודיתא
דאיסור גיורא דפרק מי שמת · ועיין בקצה"ח (סימן ח' סק"א)
שכתב ג"כ דהטעם של הרמב"ם הוא שם משום אודיתא עיי"ש
ודו"ק · עוד הוסיף הקצה"ח שם להקשות וז"ל ועוד דאמרינן
פרק קמא דב"מ לא תהא הודאת פיו גדולה מהודאת עדים
ומה (הודאת) פיו שאינו נתחייבו ממון מחייבו שבועה ופריך

ופיו אינו מחייבו ממון והא הודאת בע"ד כמאה ע"ד · אלא מה לפיו שאין מחייבו קנס · ופריך מה לפיו שאינו בהכחשה ובהזמה תאמר בעדים שישנו בהכחשה ובהזמה · ואם נאמר דטעמא דפיו · משום מתנה וחיוב · א"כ אין שייך בו הכחשה והזמה והא וודאי במתנה מלי יהיב · ומאי אולמא דפיו יותר מעדים · והא לענין נאמנות אדרבא עדים נאמנים יותר מפיו ועיין בר"י בש פ"ק דב"מ וז"ל מהא שמעינן דמי שהודה בב"ד וחזר ואמר נזכרתי אעפ"י שעדים מעידים כדבריו אין משגיחים בו דהא הכא וודאי בכהאי גוונא עסקינן · דאי בעומד בדיבורו מאי אולמא דפיו · מתנה הוא דיהיב לי' וכו' ע"ש וא"כ אף אנו נאמר אם הוא בתורת מתנה וחיוב מאי אולמא דפיו עד עדים כאן דאיטו אלא מטעם מתנה אבל לא בתורת נאמנות עכ"ל · לפענ"ד גם זה יש לתרך דכבר כתבתי לעיל דכל עיקר דברי מהר"י בן לב דהטעם הוא משום מתנה וחיוב דווקא כשחב לאחרים קנא בהודאתו אבל כ"ז שלא נודע עדיין שחב לאחרים בזה נאמן הוא משום דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי א"כ הגמ' דפריך מה לפיו שאינו בהכחשה ובהזמה · מיירי שלא נודע עדיין שחב לאחרים וא"כ הוא נאמן אז מטעם הודאת בע"ד וכדברי הנמוקי יוסף הנ"ל דמיירי הגמ' בכאן במי שהודה בב"ד וחזר ואמר נזכרתי וכו' דאי עומד בדיבורו מתנה הוא דיהיב לי' וכו' ולכן פריך הגמ' שפיר מה לפיו שאינו בהכחשה והזמה · עוד הקשה הקצה"ח וז"ל ועוד מוכרע הוא הדבר מדין מודה במקצת דחייבה התורה שבועה ואלו היה טופר בכל לפני ב"ד אלא שאומר אעפ"כ אני מחייב עצמי בפניכם בהמשים זוז וודאי אין בזה שום חיוב שבועה ועיקר שבועה דמוד' במקצת הוא מטעם דמודה מקצת הטענה ומבו"ס הטילה התורה שבועה אף על שאר אבל אם ניטא דאינו נאמן כלל אלא מתורת חיוב הדם אין בזה דין מודה במקצת וזה ברור עכ"ל · נראה ג"כ לפי עג"ד לתרץ דכאן בדברי מהר"י בן לב הוא כך דהוא אומר דנוגע בעדות אף אבר מגד הודאה אינו נאמן והוא במקום דחב לאחרינא וכפי דברינו הנזכרים · בכל זאת מהמנין לי' מטעם מתנה וחיוב · וא"כ במודה מקצת גבי נוגע הוא הודה בוודאי משום הטעם דאין אדם מעיז פניו וכו' כדדק כל הודאה במקצת ורק אנן לא מהימנינן לי' אם הוא חב לאחרים בכל זאת מחייבין אותו לשלם מה שהודה משום טעם דמהר"י בן לב דמתנה וחיוב · ולו יהא דעפ"י דין אינו חייב לשלם משום מ"מ בכ"ז מחייבין אותו לשלם מטעם הנ"ל אבל הוא באמת הודה משום דאינו מעיז באמת הוא חייב מכבר וא"כ כיון דאין מעיז פניו ולית לי' מיגו דיכפור הכל דהוי מיגו דהעזה עבור זה מחייבינן לי' שבועה וזה ברור למעיין :

ואחרי אשר תירצנו כל קושיות הקצה"ח על דברי מהר"י בן לב נוכל לומר באמת כמהר"י בן לב דהיכא דמודה במקום שחב לאחרים קנא אינו נאמן בהודאתו משום הודאת בע"ד רק משום הטעם דמתנה · וחיוב · ולכן גבי עריות דלא שייך שם מתנה וחיוב היכא דאיכא קנא חוב לאחרים אינה נאמנת רק היכא דאיכא שני עדים · וע"כ אתי שפיר המשך דברי הגמרא א"ל ר"א כו' מאי דעתך דילפת דבר דבר ממנון · אי מה להלן הודאת בע"ד כמאה ע"ד אף כאן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי · ע"כ פי' דס"ד דרב אשי היה דבכל מקום הטעם דמהימן בהודאתו הוא מטעם הודאת בע"ד · אף במקום דחב לאחריני קנא · וא"כ גבי קדושין נמי הוי לן להאמינו אף במקום שחב קנא לאחרים · מטעם דהודאת בע"ד · ומשני ליה רב כהנא התם לא חב לאחרינא הכא חב לאחרינא · פי' דהא דנאמן בעלמא מטעם דהודאת בע"ד הוא רק במקום דלא חב כלל לאחרים · אבל במקום דחב קנא לאחרים אינו נאמן משום הודאת בע"ד רק משום מתנה וחיוב כפי סברת מהריב"ן לב הנ"ל · והלכך גבי קדושין לפיכך אינו נאמן · משום כיון דאיכא חוב קנא כמש"כ הרשב"א ז"ל לא שייך דיהיה נאמן מטעם הודאת בע"ד · וגם הטעם דמתנה וחיוב ג"כ אינו שייך גבי קדושין דנימא דהוי כמו דמקדש לה כעת · דאינו עושה כעת שום מעשה · ואין להקשות לרב אשי יהיה נאמן שם גבי קדושין מטעם מיגו דאי בעי הוי מקדש לה כעת · כיון דשניהם מודים ומשום מיגו מהימנינן ליה אף גבי עריות כדאיתא בגמ' (ב"ב דף קל"ד ע"ב) ועיין עוד באבן עזר (סימן קנ"ב) ס"א ובית שמואל ובח"מ שם · זה אינו · דאם הוי אמר דהוא קידש לה בפני ב' עדים והלכו להם למדה"י · בוודאי אז היה נאמן מטעם מיגו · וכדאיתא בהרשב"א הנזכר · אבל כאן בגמ' מיירי דהוא אומר דקידשה שלא בעדים · והלכך כיון דבשעת קדושין דאז הוא חב לאחרינא · לא היה אז עדים · וא"כ לא הלנ אז הקידושין אף אם מהימנינן ליה נמי דקידשה · כיון דלא היה אז עדים · וא"כ לא חלה הקידושין · משא"כ גבי ממון דלא חב לאחרינא בהודאתו דלוה מחבירו מנה · היוצא מדברינו דהוה ממון לעריות מחמת הג"ש דאין ג"ש למחצה זולת החילוק שאמרנו לעיל דבעריות שהוא חוב קנא לאחרינא בעינן עדים · ובממון היכא דחב לאחרינא קנא נאמן מטעם מתנה והיוב · מפני שמוכח מקרא כבואר לעיל · אבל היכא דלא מפורש להלך באמת אין חילוק מחמת שאין ג"ש למחצה :

נמצא דבממון היכא דליכא חזקת ממון כגון שמונה המעות ברשות הרבים · ובא ע"א ואמר שהוא. של ראובן נאמן · כדכתבתי לעיל · הכי נמי גבי עריות היכא דליכא חזקה נאמן ע"א · ובפרט דבלא הג"ש הוי אמרינן בעריות דלא בעינן עדים אף דאיכא חזקה · רק הג"ש גילתה שצריך עדים · ולא גילתה לנו אלא היכא דאיכא חזקה · אבל היכא דליכא חזקה מוקמינן לה אדינא · [ותירוצו של בעקצה"ח על דברי רשב"א הנ"ל בסימן רמ"א ס"א איני מבין דבריו כלל ולפי דעתי יש שם הסרון איזה שורות שדבריו הוא נגד דברי הרשב"א למעיין שם] ולפי דעתי דבר זה תלוי בפלוגתא דאמוראים המבואר ביבמות (דף ל"א ע"א) אם יש שני כיתי עדים המכחישות זא"ז והזקה מכשי' לכת אחת דרבה ור"י סברי דספיקא דאורייתא הוא · ורב אשי סובר דתרי ותרי הוה ספיקא דרבנן דמן התורה אוקמי אחזקה · ולכאורה צריכים להבין טעם הדבר באיזה סברה פליגי :

פרח ט אות א'

והנה ראיתי להגאון רבינו עקיבא איגר בתשובתו סימן קל"ו מה שהביא סיוע לדברי הרב השואל דהיכא דאיכא תרי כיתי עדים המכחישות זא"ז דאיכא פלוגתא דאמוראים ביבמות (דף ל"א ע"א) אי מוקמינן אחזקה אי לא ושובר הרב השואל דהיכא דאיכא תרי חזקות מסייע לכת אחת עדיף · וז"ל שם יכולני לשעיו מסוגיא ערוכה (בערובין דף ל"ו) רבא אמר התם שתי חזקות ופירש"י דמיירי בתרי ותרי ע"ש · ואפשר להמתיק שורש פלוגתתם של דרבה ור"י דאמרי תרוייהו הכא בשתי כיתי עדים דמשמע דבגנא לא מיירי בתרי ותרי · היינו דאזלי לשיטתייהו דס"ל (ביבמות דף ל"א) דתרי ותרי ספיקא דאורייתא · משום הכי גם ב' חזקות לא מהני דכת עדים מסלקין לכל החזקות · אבל רבא ס"ל כמסקנא דהתם ביבמות דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא אוקמא אחזקה · בזה י"ל דרבנן לא התמירו במקום שתי חזקות · עכ"ל :

ולא הבינותי דברי קדשו היכי כתב דרבה ור"י אזלי לשיטתייהו דסבירי להו דתרי ותרי הוי ספיקי דאורייתא הא בהדיא איתא בתוס' יבמות הנ"ל ד"ה שתי כיתות · דרבה ור"י סבירא להו דלפי המסקנא דתו"ת הוי ספיקי דרבנן · ולזאת הקושיא העירני אחי הרב הגדול וכו' מו"ה יעקב יששכר בער נ"י · ואו כתב שם הגאון רבינו ע"א וז"ל אולם באמת הכא לא צריך לזה · די"ל כפשוטו דהכמינו ז"ל לא התמירו רק דהעדים מסלקין נהחזקה וכמאן דליתא · וכמו דס"ל לאידך ת"ד דתו"ת ספיקי דאורייתא · וגו"ל דשורש פלוגתא הכי הוא · דמ"ד ספיקא דאורייתא ס"ל כמו דאמרינן תרי כמאה ולא אמרינן אוקי תרי לגבדי תרי ונשארו אידך עדים · והיינו ע"כ דתרי אלים כתם נגד כמה כיתות · ה"נ נגד עדים וחזקה · החזקה המסייע לאידך כת לא עדיפא מאילו עוד כת עדים המסייעים להם · ובסברא זו כתבו מתוס התוספות (כ"ב

דף ל"א) ד"ה זו באה וכו' בתירוץ הראשון לענין מיגו · ואידך מ"ד ס"ל דדוקא תרי כמאה אמרינן דהכל רק מדין עדות · משא"כ לענין חזקה אמרינן כיון דהוי עדות מוכחשת מסלקין לכל העדות ונתקיימה החזקה · וצ"ל דמס"ט מיאן הר"י שם בתוס' הנ"ל בתירוצם הראשון · וכן מבואר בתוס' (ב"ק דף ע"ב) דמספקא להו בכך תרי ותרי ויש מיגו · היינו דיש לומר כמו דאמרינן לענין חזקה דמדאורייתא מסלקין העדות ונתקיימה החזקה · ה"נ לענין מיגו · או דיש לחלק דלענין מיגו הוא מדרך הוכחה ובירור · והוי רק כמו אגן סהדי מדלא טעין הכי · ולא עדיף מסהדי ממש ואמרינן תרי כמאה · משא"כ לענין חזקה דאינו מדרך בירור והוכחה · אלא דרך אמרה התורה דבכל ספק נניח הדבר כמקדם לאוקמי על חזקתו הראשונה גם בתרי ותרי אמרינן הכי וכו'. ומס"ט אני מסופק בחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו היכא דיש תרי ותרי יש לומר דבזה לא אזלינן בתר חזקה דהך חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו · הוי בגדר אגן סהדי והוי כמו עדות ושוב אמרינן תרי כמאה וכנ"ל · וצ"ע לדינא עכ"ל · אף שעפר אני תחת כפות רגליו אבל לענ"ד נראה דרך אחרת · דאיתא שם בגמ' (ב"ק דף ע"ב) וז"ל אתמר עד זומם רבא אמר מכאן ולהבא הוא נפסל ואביי אמר למפרע הוא נפסל כו' רבא אמר מכאן ולהבא הוא נפסל עד זומם חידוש הוא ואין לך כו' · והקשה שם בתוס' ד"ה אין לך וז"ל · וא"ת ולמה הוי חידוש כלל והלא מן הדין יש להאמין בתראי במיגו דאי בעי הוי פסלי בגזלנותא כו' ויש לומר דלא שייך מיגו אלא באדם אחד אבל בשני בני ב"א לא שייך מיגו דאין דעת שניהם שוה · ומה שירצה לטעון זה לא יטעון זה · ועוד נראה דקלא דמי האי מיגו למיגו במקום עדים שהרי יש עדים כנגד האי מיגו להכחישה ואע"פ שיש כמו כן עדים עם המיגו אין בכך כלום · ועוד לא עדיף מיגו מעדים שאם היו עדים מסייעים לאלו לא הי' להם כח להכחיש את אלו דהא תרי כמאה וכ"ש מיגו עכ"ל · וקושיא זו עצמה הקשו התוס' ב"ב (דף ל"א) ד"ה וזו גבי תרי כיתות המכחישות זא"ז · וז"ל תימא בין לר"ה ובין לר"ח נהימנינן לבתראי במגו דאיבעי פסלינהו לקמא בגזלנותא · ומיהו במיגו דאיבעי הוה מזמי להו ליכא להימנינהו דיראים להזימם פן יוזמו גם הם · ונראה לי דמיגו במ"ע לא אמרינן · ועוד דמיגו לא יוכל לסייעם יותר משני עדים אפילו הן מאה עדים אין נאמנים דתרי כמאה עכ"ל · והנה מה שתרצו בב"ק ע"ד הספק ובב"ב ע"ד הבירור · הוא לענ"ד משום המיגו דאי בעי הוי פסלי בגזלנותא הוי מיגו מעליא כמו שמבואר בתוס' ב"ק הנ"ל · דאין ברצונם להזימם פן יוזמו גם הם · הלכך בב"ק שמזוממם עתה הוי שפיר מיגו דאי הוי בעי הוי פסלי בגזלנותא משום דהמיגו הוא טענה מעליותא טפי מהטענה שטוענים עכשיו · ע"כ כתבו התוס' שם בתירוצם ע"ד הספק · אף שהתוס' הביאו בקושייתם הך דתרי כיתי עדים · ולכאורה תירוצם קאי גם על זה · נוכל לומר שהוא ע"ד אגב · ועיקר קושייתם מהך דהזמה לכן כתבו תירוצם ע"ד הספק · ואין לומר דאכתי אין זה מיגו טוב דבהעדות שמעידין כעת הם מחייבים העדים לשלם ממון · ואם יפסלו לעדים הראשונים בגזלנותא לא מחייבי העדים ממון · והעדים רוצים לחייב להעדים קמאי ממון · לכן מזימין אותם · דיש לומר לפענ"ד מה שכתבו התוס' שעדי בתראי יהיו נאמנים במיגו דאיבעי הוה פסלי קמאי בגזלנותא · כוונתם שיהיו נאמנים במיגו דאי בעי אמרו שהעדים גזלו מהלוה כפי הסך שמעידים העדים הראשונים שמגיע למלוה ודו"ק · אבל בב"ב גבי בתי כיתי עדים הוה איפכא דהם לא הוי מיגו מעליותא דאיבעי הוי פסלי בגזלנותא דאפשר שאין כוונתם לפסול העדים אלא כוונתם להפסיד המלוה · ע"כ תי' התוספות שם שפיר ע"ד הבירור דלא הוה מיגו משום דהטענות שוות · עיין בתוס' כתובות (דף י"ג ע"א) ד"ה רב אשי כו' · וא"ל דמ"מ הוה טענת המיגו טענה מעליותא משום דניחא למפסלינהו בגזלנותא משום דאז לא יפסלו הם · אבל במכחישות זא"ז הוה גם הם פסולים · לא מיבעי לרב חסדא דמספק פסולים הם לגמרי אפילו בפני עצמם · וודאי הוה ניחא להו לכאורה למפסלנהו בגזלנותא · ואפילו לר"ה דסבר כל כת מעידה בפני עצמה · מ"מ מודה דלגרפינהו כאחת פסולים · ואי בעי למפסלינהו בגזלנותא כשרים הם כת האחרונים לגמרי · אבל זה אינו · דהא התוס' תרצו מיגו דבי תרי לא אמרינן · ואם איתא דמסקי אדעתייהו להכי · הא מבואר בתוס' קידושין (דף מ"ג ע"ב) היכא דבמיגו נפטרים העדים מממון אמרינן שפיר מיגו דבי תרי · והיכא תירצו כאן דמיגו דבי תרי לא אמרינן · אלא ודאי דוקא היכי דנפטרין מממון אמרינן הכי כמש"כ התוספות שם נפטרים מממון דייקא · ועל זה ודאי בטוחים הם זע"ז · אבל מה שנפסלין לעדות לא חששו ע"ז · כי מה איפכת להו אם לא יעידו · ע"כ תירצו התוס' שפיר מיגו דבי תרי לא אמרינן · א"כ מוכח דטענתם שטוענים עתה וטענת המיגו שוות בדבר זה שאינו נוגע להם · ולא הוה מיגו מעלי' · ולכן תרצו התוס' שפיר בתירוצם הראשון דמיגו כהאי לא עדיף מעדים כנ"ל · ועוד בב"ב גבי שתי כיתי עדים המכחישים זא"ז דטענתם שטוענים עתה הוא על הממון ולא על העדות · כי יאמרו עמנו הי' המלוה והלוה ולא הי' ההלואה · ואי פסלינהו בגזלנותא בהוא על גוף העדות ולא על הממון · ואם יבואו עדים אחרים שההלואה היתה אמת · לא הועילו כלום אלו העדים שרצונם להפסיד להמלוה · והוי כמו מיגו לחצי טענה המבואר בפוסקים ראשונים ואחרונים דלא אמרינן מיגו כהאי · אבל בב"ק שבאים להזימם שהוא על גופן של עדות שיאמרו עמנו הייתם והיאך יודעים אם היתה ההלוואה אם לא · כמ"ש הרמב"ם בהלכות עדות (פרק י"ח הלכה א') דאי מזימים להו ג"כ בהלואה דהיינו שמעידים דהעדים והלוה והמלוה ג"כ היו עמנו באותו יום מקרי הכחשה לדעת הרמב"ם וע"כ אית להו מיגו טוב דאי בעי פסלי בגזלנותא ואף שיש חולקים ע"ז על הרמב"ם דמקרי הזמה גם בכה"ג · לפי עניית דעתי נראה שבדברי הרמב"ם מוכח מן הגמרא :

פרח ט אות ב

וראיתי רבים שגלאו למצוא מאין הוציא הרמב"ם דין זה · וכ"ל דהוציא הרמב"ם הנ"ל (פי"ח מהלכות עדות הלכה א' וכ' שאין העדים נעשו זוממים עד שיזומו כולם לבד אבל אם אומרים עמנו היו העדים והבע"ד לא מקרי הזמה רק הכחשה עי"ש · עכ"ל הרמב"ם הנ"ל) מהא דאיתא בסנהדרין (דף מ"א ע"ב) אמר רב חנן עדי נערה המאורסה שהוזמו אין נהרגין וכו' מתוך שיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו וכו' ופריך הגמרא וכיון דאיכהו לא מקטלי איהי היכי מקטלה · הוה לה עדות שאי אתה יכול להזימה וכל עדות שא"א יכול להזימה לא שמה עדות · הכי נמי קאמר מתוך שאין נהרגין שיכולים לומר לאוסרה על בעלה באנו אף היא אינה נהרגת דהוה לה עדות שא"א יכול להזימה עכ"ל הגמרא · ולפי הגמ' הזאת · ע"כ אין העדים ניזומין ונענשין רק שהמזימים אומרים עמנו הייתם העדים בלבד · אבל אם המזימין אומרים שעמנו היו העדים והבעלי דברים לא מקרי הזמה · לפי שאינה בזוממי זוממים · שאף אם יבואו עדים אחרים ויזימו את המזימין יכולים המזימים לומר דלא נתכוונו לחייב את העדים ממון או להענישם לקיים בהם הקרא כאשר זמם וגו' ע"ז לא הי' כוונתינו רק אנו נתכוונו לפטור את הלוה מממון · או שלא להרוג את הבעל עבירה · וא"ת לפי זה למה הוצריכו להזים את העדות ג"כ הלא היו די להם שהלוה והמלוה היו עמנו · או שהעובר עבירה הי' עמנו ומפני זה ג"כ הי' פטור הלוה מלשלם ובעל עבירה לא הי' נהרג · ולמה הוצריכו להזים גם את העדים · נוכל לומר דלפי מה שכתבו התוס' בב"ק (דף ע"ב ע"ב) ד"ה אין לך וכו' וז"ל ועוד יש לומר דלר"ח נמי הוי חידוש מה שנפסלין וודאי והאי דחשיב לה לסהדי שיקרי בשני כיתי עדים המכחישות אינו אלא מספיקא וכו' עכ"ל · ומכ"ש לר"ה דסבירא לי' בשני כיתי עדים המכחישות דכל אחת באה בפני עצמה ומעידה לגבי עדות אחרת רק לאותו עדות שמכחישין זא"ז
אין

אין דנין על פיהם ופטור הלוה מלשלם וב"ע מליהרג · ובוודאי שהם פטורים רק מספק · ואם אח"כ בא המלוה ותפס הממון מהלוה מהני תפיסתו כיון שיש שני עדים אחרים שמסייעין אותו ואפילו תפיסה בעדים מהני הכא והכא קיי"לן כרב הונא כידוע · ולכן הוצרכו המזימין לומר שעמנו היו גם העדים ונפסלין העדים כדי שלא יועיל אף אם יתפוס המלוה ויכולים המזימים לומר שלא נתכוונו רק לפסול להעדים כדי שלא יועיל תפיסת המלוה · ולא נתכוונו לחייב העדים ממון מכאשר זמם · ומלינו בכמה דינים שעדים נפסלין מחמת הזמה ואינם מחייבי ממון · עיין ברמב"ם פרק כ' הלכה א' · וגם לפי פירוש הפסוק של כאשר זמם אינם מחוייבים העדים לשלם רק אם נתכוונו לחייב אותו ממון · והכא שיכולין לומר שלא נתכוונו לחייבם ממון הם פטורים · עיין באורים ותומים (סי' ל"ח) · וכן אם הזימו ג"כ העדים המחייבים מיתה באחד ואומרים שעמנו הייתם העדים והעובר עבירה · גם כן לא הי' די להם במה שיאמרו שהרוצח והגולה הי' עמנו בלא העדים · וגם בזה הי' פטור הרוצח מליהרג · כי המזימין יוכלו לומר שנתכוונו שלא יבוא שום אדם להרוג את הרוצח ויפטור את עצמו שגברא קטילא קטיל *) שמחוייב מיתה ב"ד מצד הספק הגם שספק נפשות להקל כדאיתא בכתובות סוף (פרק א') בכל זאת גם הוא פטור ממיתה מספק אולי גברא קטילא קטיל וספק נפשות להקל · ואי הקשי לך הא איתא במכות (דף ה' ע"א) ואמר רבא באו שנים ואמרו בחד בשבתא הרג פלוני את הנפש ובאו שנים ואמרו עמנו הייתם בחד בשבתא אלא בתרי בשבתא הרג פלוני את הנפש · ולא עוד אלא אפילו אמרו ערב שבת הרג פלוני את הנפש נהרגין · דבעידנא דקאמסהדי גברא לאו בר קטלא הוא וכו' באו שנים ואמר בחד בשבתא נגמר דינו של פלוני ובאו שנים ואמרו בהד בשבתא עמנו הייתם אלא בערב שבת נגמר דינו של פלוני ולא עוד אלא אפילו אמרו בתרי בשבתא נגמר דינו של פלוני אין אלו נהרגין דבעידנא דקא מסהדי גברא בר קטלא הוא כבר עכ"ל הגמ' · וא"כ לא יוכל שום אדם להרוג אותו ולפטור את נפשו בטענת שאולי גברא קטילא קטיל הלא עדיין לא נגמר דינו להריגה · ולכן אין שום אדם יכול להרוג אותו ואם יהרוג אותו אזי יהי' מחוייב מיתה · יש לומר שהרי פירש"י שם הטעם שמפני זה אנו מצריכין שיוגמר דינא להריגה שכל זמן שלא נגמר דינו להריגה גברא לאו בר קטלא דאילו הוה אתי ומודה הוה מיפטר · וכסף משנה ברמב"ם פרק י"ט מהלכות עדות הלכה ב' הביא פירש"י עיי"ש · אבל בנדון דידן לא שייך הטעם דמודה הוה מפטר דהא כבר העידו עדים לחייבו ולא הודה ואף אם תלך בדרך רחוקה שגם בזה שייך מודה ומפטר כיון שפטרו ב"ד ממיתה · ואם כעת יודה ואח"כ יבואו עדים ויזימו לעדים האחרונים המכחישים את הראשונים יהי' פטור ממיתה · הא כבר הקשו התוס' שם והריטב"א שם על פירש"י דזה לא מלינו דא"כ כל חייבי מיתות ב"ד יכול להודות ולפטור עצמו כו' עכ"ל · עיין בתוספות בד"ה בעידנא · וברעיוני שראיתי תיכף על דברי רש"י בספר פני יהושע דאיתא בב"ק (ע"ה ע"ב) אמר רב אחא ברי' דרב איקא וכו' אלא בעדות שאי אתה יכול להזימה קמיפלגי · כגון דאתו סהדי ואמרי לי' גנבת · ואמר להו גנבתי וטבחתי ומכרתי מיהו לא בפניכם גנבתי אלא בפני פלוני ופלוני · ואייתי סהדי ואזמינהו דלא כאפייהו גנב · ואתו פלוני ופלוני ואסהידו ביה דגנב וטבח ומכר ·· ובהא קמפליגי רבנן סברי הואי לה עדות שא"א להז"ז · ופירש"י שם בד"ה רבנן כו' שהרי הוא הודה תחילה שבפניהם גנב ועל פיו באו להעיד ולאו עדות הוא כו' (פירוש לפירושו שאין שום עדות יכולים להזימם משום דהבעל דבר בעצמו תודה שעדים כשרים הם · ודאו המעשה) ע"כ משום הכי בעינן שנגמר דינו קודם · דאי לא לאו גברא קטילא הוא משום דיכול לבוא לב"ד ולומר שהרגתי את פלוני · ופלוני ופלוני הם עדים והמה יזימו את העדים הראשונים · והעדים האחרונים יעידו

על פיו והוה לה עדות שאי אתה יכול להזימה ופטור ממיתה ומשום הכי בעינן שיגמר דינו · כן תירץ הפ"י על הנ"ל דברי רש"י · ומשום הכי ניחא דלא די במה שיאמרו עדים אחרונים שהרוצח והגולה לבד הי' עמנו · אף שגם בזה הי' הרוצח פטור ממיתת ב"ד · מ"מ חוששים העדים אולי יהרגו עדים הראשונים את הרוצח · והם יפטרו את עצמם שגברא קטילא קטלו שהם יודעים שהרג את הנפש וכדומה · ואף שלא נגמר דינו להריגה · מחמת שבאו עדים אחרים והכחישום · בכל זאת יפטרו את עצמם · דהא דבעינן שיהא נגמר דינו היינו משום שיכול לבוא לב"ד ולומר שבפני פלוני ופלוני הרגתי את הנפש והויא לה עדות שאי אתה יכול להזימה כדלעיל · אבל הכא בעת שהעידו לא על פיו באו להעיד ובשעת שאמרו עדותם הוה עדות שאתה יכול להזימה ואף שלא נגמר דינו כיון שבאו אחרים והכחישום דודאי הדין אם יבואו עדים אחרים ויזימו את העדים האחרונים המכחישים את הראשונים הי' מחוייב הרוצח מיתה אף אם בא והודה בנתיים קודם שבאו עדים האחרונים המזוממים · כיון דבשעה שהעידו הוה לה עדות שאתה יכול להזימה כי נראה לי הטעם דהא דבעינן עדות שאתה יכול להזימה · משום דבעינן שיתירו העדים עצמם למיתה והכא פעם אחת התירו עצמם למיתה · וגם בדיני ממונות הטעם הא דבעינן עדות שאתה יכול להזימה משום דאם יוזמו יהיו חייבים לשלם ממון ויראים להעיד שקר · ואף א"ה טעם אחר הא דבעינן עדות שאתה יכול להזימה · בכל זאת הסברא נותנת שדי שאם הי' פעם אחת עדות שאתה יכלהז"י הויא עדות · וכיון דלא בעינן בזה נגמר דינו חוששים העדים האחרונים אולי יבואו עדים הראשונים ויהרגו את הרוצח · ויהיו נפטרין כנ"ל · משום הכי אומרים שגם העדים היו עמהם ונפסלין העדים הראשונים ולא יוכלו להרוג את הרוצח וכן משמע ברש"י שם בד"ה מ"ט וכו' אכתי גברא לאו בר קטלא הוא שלא הועד עליו בב"ד · משמע דאם הועד עליו בב"ד אף שלא נגמר דינו רק אנן ידעינן שמחמת עדותן מחוייב מיתה מיקרו בר קטלא · ואין לתמוה על סברא זאת איך מקרי גברא ב"ק אף שלא נגמר דינו ובפרט בנידון דידן שבאו עדים והכחישום ואין ב"ד יכולים לגמור את הדין על פי עדים הראשונים לחייב מיתה והאיך מיקרי בר קטלא שאם יהרוג אותו אחד מן העדים הראשונים שיודעים בעצמם שהאמת כדבריהם שיהי' פטור ממיתה · הלא גדולה מזו מבואר ברמב"ם (פרק ה') מהלכות רוצח ושמירת הנפש (הלכה ט' י') וז"ל רוצח בשגגה שהרגו גואל הדם כו' פטור ממיתה אחד הורגו בדרך קודם שיכנס לעיר מקלט וכו' ויצא חוץ לתחומו בזדון הרי זה התיר עצמו למיתה ורשות לגואל הדם להורגו ואם הרגו כל אדם אין חייבים עליו שנאמר אין לו דם עכ"ל ובגמרא במכות דף י"ב ע"א מבואר עוד יותר וז"ל הגמ' ת"ר ורצח גואל הדם את הרוצח מצוה ביד גואל הדם · אין גואל הדם · רשות ביד כל אדם דברי רבי יוסי הגלילי ר"ע אומר רשות ביד גה"ד וכל אדם חייבין עליו עכ"ל הגמ' · ובוודאי לפי דברי הרמב"ם הנ"ל הגרסא בגמרא בדברי ר"ע וכל אדם אין חייבין עליו · (וכעת אין בידי גמרא אחרת לעיין כי הרמב"ם פסק כרבי עקיבא כמבואר בכסף משנה וגם הביא שם נוסח הגירסא אין חייבין עליו בדברי ר"ע עיי"ש) · וא"כ שהרוצח בשגגה פטור ממיתת ב"ד · כי התורה פטרו ואעפ"כ אם בא אדם והרגו אינו חייב עליו · ומכ"ש בנידון דידן שהעדים הראשונים שהם יודעים אמיתת הדברים שמחוייב מיתה מצד הדין אף שלא נגמר דינו בודאי אם הרגו את הרוצח אין חייבים עליו כי בנידון דידן יכול להיות במציאות שיבוא לידי גמר דין כגון שיבואו עדים ויזימו את העדים המכחישים · כי המה יודעים שהאמת אתם · וגם נראה לי להביא ראי' מגמ' סנהדרין (דף פ"א ע"ב) משנה ההורג נפש שלא בעדים מכניסין אותו לכיפה · ומבואר שם בגמ' שכריסו נבקעת · ופריך הגמ' מנא ידעינן א"ר בעדות מיוחדת ומואל אמר שלא בהתראה עכ"ל הגמ' והשתא אם בנידון כזה שבודאי הוא פטור מן התורה ממיתה

*) כבר כתבתי בהפרס לר 3 אבר כוזן הוא אינם נוהגים כל הדינים האלו שאנכי מזכיר וכסדר בעניני ב"ד ועדים וזוממים כי עתה אין בה ביד ב"ד לא להענש ולא לגבות ממון וב"ש להרוג · ואני מביא כל הדברים נספרי רק מה שהיה נוהג בימים הקדמונים דרך פלפול כבאתרם ז"ל דרוש וקבל שכר ·

ואין שום ב"ד היו יכולים לגמור דינו להריגה · בכל זאת מכניסין אותו לכיפה עד שכריסו נבקעת וב"ד מעצמם הם אומרים לעשות כזאת עם האיש הזה לגרום לו מיתה · אף שבודאי בשאר אדם אסור לעשות כן · ואפשר שחייבין עליו אם גרמו כזאת עיין (בסנהדרין דף ע"ז) · מכ"ש בכ"ד שהעדים הראשונים יודעים בעצמם שהאמת אתם ויכולים בשום פעם לגמור דינו כנ"ל בודאי אם הרגו את הרוצח פטורים · ועוד נראה לי להביא ראיה מירושלמי מסכת תרומות ס"פ שמיני תנו סיעות בני אדם שהיה מהלכין בדרך פגעו בהן רוצחים ואמרו תנו לנו אחד מכם ונהרוג אותו ואם לאו הרי אנו הורגים כולכם אפילו כולן נהרגין לא ימסרו נפש אחת מישראל · יחדו להם אחד כגון שבע בן בכרי ימסרו אותו · להן ואל יהרגו אמר ר"ש בן לקיש והוא שיהא חייב מיתה כשבע בן בכרי עכ"ל הירושלמי ופסקו כן בש"ע יור"ד (סימן קנ"ז סעיף א' בהג"ה ג' ועי"ש בש"ך ס"ק ט"ו ובט"ז סק"ח) ומדהביאו לפסק הלכה משמע שגם הדין היה נוהג בזמניהם · ובזמן הזה אין דנין דין מתות כידוע · ומבואר בהגהת מרדכי סוף מס' סנהדרין בד"ה מ"כ בתשובת הגאונים הורג נפש בזמן וכו' בכל זאת היו עושים כזאת בזמניהם אף שאינו חייב מיתה כל כך · אף בזמן שהי' דנין ד"נ כמבואר בע"ז שם בכל זאת היו מותרים לעשות כן מחמת שהוא היה מאנשים המחוייבים מיתה אף שלא נגמר דינו · מכש"כ בנידן דידן שיכול לבוא לידי ג"ד באיזה אופן כנ"ל · אם בא אחד מהעדים הראשונים שיודעים האמת והרגו את הרוצח לפי דבריהם שחייב מיתה מן התורה · שאין חייבין עליו מיתה [ואל תשיבנו מסנהדרין פ"א כגון שעבר עבירה קלה ונגמר דינו · כי בקל יש לדחות ואין צורך להעלות על הכתב ודו"ק ועיין ל"מ פ' י"ט מהלכות עדות הלכה ב' המג"א ג"כ כעין סברתי] ומשום הכי אומרים שגם העדים היה עמנו ולא יוכלו להרוג את הרוצח · אך זאת לא כיונו בהזמה שלהם שיהרגו ב"ד את העדים הראשונים כי מצינו בכמה עדות שנפסלין העדים מחמת הזמה ואעפ"כ הם פטורים ממיתה עיין ברמב"ם פרק כ' מהלכות עדות הלכה א' · וכדהבאתי ראיות לזה בעז"ה · ומשו"ה פסק הרמב"ם דלא מיקרי הזמה רק שיאמרו עמנו היו העדים בלבד · ומגוף הדבר אינם יודעים ויכול להיות אמת · ועתה אין להמזימים התגלות לפטור את עצמם ממיתה שלא כיונו להרוג את העדים הראשונים רק הם באים לפטור את הרוצח ממיתה שאם כדבריהם היה להם לומר שגם הרוצח והנרצח היו עמנו שהמה בעצמם יודעים שבשקר מעידים והמעשה שקר ולא כמו שאומרים העדים הראשונים · כי אולי יבואו עדים אחרים ויאמרו כעדים הראשונים ונמצא שלא הועילו כלום לרוצח · ואף שחושבים בלבם שאם יבואו אחרים ג"כ יזימו אותם · והיה נראה לב"ד שבשקר הם דוברים שכת לסטית היא זו · כמוזכר זאת הסברא (במכות דף ה' ע"א) והיה להם להעיד שגם הרוצח והנרצח היו עמנו ואף אם יבואו עדים אחרים ויעידו שביום זה הרג ג"כ הוא פטור ממיתה · משום שכבר העידו שביום זה היה עמנו הרוצח והנרצח ולא הרגו · וכיון שהזימום ואמרו שהעדים בלבד היו עמנו היה כוונתם שיהרגו ב"ד את העדים הראשונים · ואי תקשי לך האיך אנו יכולים לומר שאם המזימים יעידו על העדים והרוצח והנרצח היו עמנו · יש להם התגלות להמזימים שלא כיונו שיהרגו ב"ד את העדים הראשונים כנ"ל · הלא מבואר (בסנהדרין דף ע' ע"ב) א"ר יוסף וכו' חזר והביא הבעל עדים והזימום לעידי האב עידי האב נהרגין ומשלמים ממון וכו' והקשו שם בתוס' בד"ה עידי האב וז"ל תימא דאמאי נהרגין דמאי אמרי לא לחייב עידי הבעל באנו אלא לחייב הבעל ממון קאתינא וכו' · וכה"ג אמרינן לקמן בפרק היה בודקין וכו' עידי נערה המאורסה אין נהרגין מתוך שיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו · וי"ל דהכא שאני כיון שיודעים דבאים להרוג את האב יודעים שיהרגו אותן אם יוזמו דאי אפשר להיות זה בלא זה וכו' עכ"ל ולפי זה לא יוכלו המזימים לומר שלא כיונו שיהרגו עדים הראשונים כסברת התוס' דאי אפשר זה בלא זה · וגם הרמב"ם מוכרח לסבור סברת התוס' דאל"כ ישאר' קושיות

התוס' על הגמ' כי אדרבא מזה ראיה לסברתי שמסקו התוס' בסוף התירוץ אי נמי לא ידעו שחבר אין צריך התראה וכו' והכא נמי המזימים בעת שהעידו שהעדים והרוצח והנרצח היו עמנו לא היו יודעים את הדין שבהזמה כזאת יהרגו ב"ד את העדים הראשונים רק חשבו שאין מקרי הזמה אלא היכא שאם יעידו על העדים בלבד שהיו עמנו כפי האמת שלפי דברי הרמב"ם שהזמה לא מיקרי רק כזאת ולא כיונו שיהרגו העדים הראשונים בעת שיעידו שהעדים וגם העובר עבירה היו עמנו · רק לפסול אותם כדי שלא יהרגו העדים את הרוצח כנ"ל · ובזאת הסברא יהי' מתורץ קושיות הגאון מהר"ר חיים יונה תאומים שהביאו הא"ת בסימן ל"ה וז"ל שם על הרמב"ם דא"כ האומר פלוני רבעני לרצוני הוא ואחר מצטרפין להורגו · הא הוה לה עדות שאי אתה יכול להזימה דאם יזימו ויאמרו עמנו הייתם א"כ על גוף המעשה מעידים שבשקר הי' והבעל דבר עמנו היה וא"כ אין כאן הזמה רק הכחשה ואין בעדותו מקום לחייב דה"ל עדות שא"א יכול להזימה וקושי' רהויה היא להכם לבב עכ"ל · דהא כתבנו הטעם של הרמב"ם דאם הזוממים מעידים שגם הרובע והנרבע הי' עמנו דלא מיקרי רק הכחשה משום דיכולים המזימים לומר שלא כיונו להרוג את העדים כנ"ל · אבל בהא דפלוני רבעני לרצוני לא יוכלו המזימים לומר כן משום דאם כדבריהם למה הזימו את שניהם · הלא הי' די להם שיזימו את העד שאמר שפלוני רבעני לרצוני וממילא בטלו כל העדות ולא יכול שוב העד השני להרוג את הרובע כי כיון דלא נשאר רק עד אחד · וא"ת שגם על מה שכתבתי הטעם לדברי הרמב"ם דהאיך נוכל לומר דהעדים המזימים לא כיונו להרוג את העדים רק כוונתם לבטל עדותם כדי שלא יהרגו עדים הראשונים את הרוצח כנ"ל שאם כדבריהם למה הוצריכו להזים את שניהם הלא הי' די להם שיזימו את אחד מהם · וא"כ בטלה העדות ושוב לא יכול עד השני להרוג את הרוצח כי לא נשאר רק ע"א · יש לומר שחוששין המזימין אולי יש עוד עד אחר ויצטרף עם זה הנשאר ויהיה שני עדים ויעידו בב"ד אף כי יהיה מוכחשין מחמת כי כבר העידו שהנידון הי' עמהם ביום זה · בכל זאת אנו חוששין אף אם בית דין לא יהרגו אותו אולי יהרגו העדים המוכחשין את הנידון כנ"ל · וא"ת שגם בהך דפלוני רבעני לרצוני יוכלו לומר המזימים ג"כ שלא כוונו להרוג את העדים ומה שהצריכו להזים את שניהם · כי אולי יש עוד עד אחר ויצטרף עם עד הנשאר והם יהרגו את הרובע · זה אינו כי התוס' כתבו במכות (דף ו' ע"א) ד"ה נרבע יליל וכו' ויש ליישב דמנרבע לרצונו פריך דבהכי איירי קרא דכתיב ומתו גם שניהם דהיינו ברצון ולהכי פריך יליף הנרבע אפילו יש עדים הרבה בדבר ולא משום שנוגע כוון שהוא לרצונו אלא מפני שהוא קרוב לעצמו · וקשה דבמסכ' סנהדרין שם אמרינן פלוני רבעני לרצוני הוא ואחר מצטרפין להורגו · וי"ל דהני מילי כי ליכא סהדותא מעלמא דרובעו לרצונו וליכא סהדותא אלא מהוא עצמו וכו' אבל הכא דאיכא עדים שנרבע לרצונו ומעדותן נקרא רשע נפסול לעדות ואין אנו צריכים לעדותו כלל וכו' עכ"ל · ולפי דברי התוס' הי' די להמזימים להעיד על העד שנרבע לרצונו שהי' עמהם ולא צריכין לחוש כי אולי יש עוד עד אחר ויצטרף עם העד הנשאר כנ"ל · כיון שיש עוד עד שרבע לרצונו א"כ יש שני עדים לבד הנרבע · א"כ כבר בטלה עדותו של העד הנשאר ולא יכול להצטרף עם אחר · כי כבר נצטרף עם הנרבע והעידו שניהם יחד בב"ד ובטלה עדות שניהם כדין · אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול וכסברת התוס' הנ"ל · שאם יש שני עדים אחרים הנרבע פסול לעדות · ואף שמשני הגמרא א"ק יקום דבר במקיימי דבר הכתוב מדבר ופירש"י שם ע"ז דהיינו העדים · אבל לא בעושה הדבר · מ"מ כיון שבא הנרבע לב"ד ונצרף עם אחר להעיד בב"ד · והב"ד קיבלו עדותן רק שבאו עדים אחרים והזימו גם הוא נקרא במקיימי הדבר · לא מיבעיא לדעת הרמ"ה שהביא הטור ח"מ בסי' ל"ו לאחר שכתב דעת הרמב"ם

בקיוב

שקרוב א"פ מבטל כל העדות אם כוונו בשעת ראי' להעיד כתב הטור וז"ל והרמ"ה הוסיף דהא דאמרינן כשאומר שבא לראות אינו פוסל · אלא דווקא שלא העידו ביחד בב"ד בתוך כ"ד · אבל אם העידו יחד בתוך כדי דיבור אפילו אומרים שלא באו אלא לראות ואפילו לא ראו זא"ז ונמצא אחד מהם קא"פ עדותן בטילה · דהא עיקר קרא בשעת הגדה קאי וכו' · ומשמע מלשון הטור שכתב והרמ"ה הוסיף ולא כתב והרמ"ה כתב כדרכו בכל מקום שמביא דעת השני' שחולק ותיכף אחר זה כשהביא דעת הרא"ש שחולק על הרמב"ם כתב הטור בנוסח אחרת וא"א הרא"ש ז"ל כתב וכו' · ומדכתב והרמ"ה הוסיף · משמע שדעת הטור שגם הרמב"ם יכול לסבור כן · אף שלא מפורש בדעת הרמב"ם · כידוע שכמה דינים שלא נמצאו בגמרא ובירושלמי מפורש · אף שמן הסברא הדין כן השמיט הרמב"ם כדרכו ע"כ בוודאי אם בא הנרבע לב"ד להעיד עם אחר ובאו עדים והזימו את הנרבע לבד לא יוכל לצרף עד הנשאר עם עד אחר כי כבר בטלה עדותו מאחר שנמצא כעת עד אחר כשר ונמצא שיש שנים אחרים שראו את המעשה · ומאחר דאיכא שנים אחרים שראו את המעשה מיקרי פסול הנרבע וכשנצטרף בהגדה הנרבע עם זה העד הנשאר ביחד בתוך כדי דיבור בב"ד להעיד ובשעת מעשה לא ידעו הב"ד אם יש עוד עד אחר וקיבלו ב"ד את עדותן רק שנמצאו עדים המזימין אותו מיקרי מקיימי דבר ומבטלי עד הנרבע את עד הנשאר מאחר שנמצא עד אחר שיכול להצטרף עם העד הנשאר · וא"כ לפי זה היה די להמזימים להזים את העד הנרבע לבד · וממילא בטלה עדות של עד הנשאר כנ"ל ומה צורך להזים גם את העד השני אלא כיונו בעדותן להרוג את העדים לקיים כאשר זמם וברצונם שיהרגו ב"ד את שניהם לכן הזימו את שניהם · וא"ת הלא גם בשאר מזוממים אם לא יכוונו המזימים שיהרגו ב"ד את העדים הראשונים ג"כ הי' די להם להזים עד אחד · ולא צריכים המזימים לחוש אולי יש עוד עד אחר להצטרף עם העד הנשאר ויעידו בב"ד · כיון שהזימו עד אחד בטלה גם עדותו של השני ולא יוכל להצטרף עם אחר להעיד מחדש לפי דעת הרמב"ם (בפרק כ' מהלכות עדות הלכה ג') וכמבואר בנושאי כליו שם : ואעפ"כ היזימו שניהם אנו רואים שכוונתם היו להרוג את העדים · וא"כ יכול להיות הזמה ג"כ אם יזימו את העדים והרוצח והנרצח היו עמהם ביום זה שמתוך שהזימו שניהם נראה כוונתם ברצונם להרוג העדים · אך נראה לפענ"ד דרך אחרת בדברי הרמב"ם כי לפי דעתם בדעת הרמב"ם מאוד הוא מוקשה · והערוך לשון הרמב"ם :

פרח ט אות ג

וז"ל הרמב"ם בפרק עשרים מהלכות עדות · (ה"ג) היו עדים שלשה ואפילו מאה אם העידו בב"ד זה אחר זה והעיד כל אחד מהם חבירו בתוך כדי דיבור והוזמו מקצתן אין נענשין עד שיזומו כולן · אבל אם היו הפסק כדי שאילת שלום תלמיד לרב הרי נחלקה העדות והשנים שהוזמו נענשין והשנים אחרים שהיה בין דבריהם ודברי הראשונים הפסק אין נענשין · ואע"פ שבטלה עדות כולה מפני שהן כת אחת הואיל ונפסלה מקצתן נפסלה עכ"ל · וכתב על זה הראב"ד א"א איני יודע מה הוא כי נאמר שלא באו תכ"ד ונחשבו שתי כיתות לענין הזמה למה תבטל עדות של כת האחרונה ויהרג הרוצח ועוד מה זה שאמר והשנים האחרים וכו' אינו נענשין ומה טעם ראוי להם עכ"ל השגות הראב"ד · ומה שמתרץ הכ"מ כבר הקשה הל"מ על דבריו ע"ש ומה שמפרש הוא דברי הרמב"ם ג"כ צריכין הבנה כי לפי דבריו קשה על הרמב"ם כיון דנחשבין כשני כיתי עדים לענין דין הזמה מפני מה הם נחשבין כת אחת לעדות הראשונים והאחרונים שהיה ביניהם הפסק יותר מכדי דיבור לענין אם הוזמו כת אחת מהם בטלה העדות כולה · כי הירושלמי אינו מספיק ע"ז ע"ש בדבריהם ולא רציתי להאריך · ולפענ"ד נראה לי פירוש אמיתי בדברי הרמב"ם דהא דכתב

הרמב"ם ואף על פי שבטלה וכו' פירוש שמשמיענו עוד הרמב"ם דין אחר אע"פ שנמצא קרוב או פסול אחר לבד עדים שהוזמו והוא אמינא מחמת שנמצא קרוב או פסול בטלו כל העדות · וא"כ לא היו הורגין ב"ד אף העדים שהוזמו כיון שכבר בטלו עדותן כדכתב הרמב"ם לעיל בפ"ז בהלכה א' וז"ל אין עדים זוממין נהרגין וכו' עד שיהיו שניהם ראויים לעדות ויוזמו שניהם אחר שנגמר הדין אבל וכו' או אחר ג"ד ונמצא אחד מהם קרוב או פסול אין נענשין וכו' עכ"ל וזה הדין מבואר ברמב"ם בשני עדים והיכא למיטעי שגם בשני כיתי עדים ג"כ הדין כן שאם נמצאת בכת השניה ע"א קרוב או פסול מגד הדין מבטלים את העדות של הכת הראשונה אף שלא העידו השני כיתי עדים בתוך כ"ד · בכל זאת בטלה העדות מחמת כי מצורפין היה בראיות המעשה כמבואר לעיל דעת הרמב"ם ומבואר כך בגמרא · וכידוע · והוה אמינא אף אם באו עדים אחרים והזימו את קצתן לא יהרגו את העדים הניזומים כי כבר בטלה עדותן כדין אם הזימו שנים ונמצא אחד מהם קרוב או פסול · לכך כתב הרמב"ם שבשני כיתי עדים אין הדין כן אע"פ שנחשבין כת אחת לענין שנמצא פסול אחר לבד עדים הניזומים ולא נפסלו מצד הזמה רק מחמת פסול אחר הדין הוא שבטלו גם עדות הראשונים שנחשבין ככת אחת לענין זה כדכתבתי לעיל בדעת הרמב"ם והוא מוכח מן הגמ' ועיין בנושאי כליו של הרמב"ם הנ"ל ובש"ך סימן ל"ו · בכל זאת לענין דין הזמה נחשבין כשני כיתי עדים וטעמא רבה איכא לחלק בין אם יש רק שני עדים וניזומו וא"כ נמצא שאחד מהם קרוב או פסול היו מכבר אין נענשין מפני שהעדים יודעים בעצמם שיש אחד שהוא קרוב או פסול ולא היו ב"ד יכולין לגמור את דינו ואף שגמרו ב"ד את דינו הוה כקודם גמר דין · כמבואר בב"י בח"מ סימן ל"ח עי"ש · ושם לא מבואר ממש כסברתו והרואה יראה ויבין את סברתו · אבל בשני כיתי עדים שנמצא קרוב או פסול בכת השניה כי שם היו סוברים העדים הראשונים שבעדותן יכולים ב"ד לגמור את דינו ולא עלו על דעתם אולי יבואו עוד כת שניה ויעידו בב"ד כדבריהם ובהם יהיה נמצא קרוב או פסול · כי הב"ד יכולים לגמור ואינם צריכים לחפש אולי יש כת אחת ובהם יש קרוב או פסול כידוע לכל והסברא נותנת כן דאל"כ לא היו ב"ד יכול להרוג שום אדם אולי יבוא קרוב או פסול להעיד והדבר מצוי שראו ג"כ קרובים את המעשה כדאיתא בתוס' במכות (דף ו') ד"ה שמואל ועיין בטור ח"מ סל"ו ובב"ח שם · אלא וודאי לא חיישינן להכי · והמשך דברי הרמב"ם כך הם · היו עדים וכו' עד שיזומו כולם · אבל אם היה הפסק בין זה לזה וכו' פירוש דקאי על מה שכתוב קודם עד שיזומו כולם · ממילא מובן דמה שכתב אבל אם היה הפסק מיירי גם שניזומו כולם עדות הראשונים ועדות האחרונים · ואע"פ שבטלה עדות כולה מפני שהן כת אחת הואיל ונפסלה מקצתה נפסלה כולה · פירוש שנמצא קרוב או פסול לאחר שהעידה גם כת השניה :

מעתה דברי הרמב"ם נכונים כי קושית הראשונה שהקשה הראב"ד למה לא יהרגו את הרוצח אינו קשה כיון שנמצא קרוב או פסול בטלה כל העדות · והקושיא השניה שהקשה מה צריך הרמב"ם לומר שהשנים האחרונים אין נענשין · אינו קשה כיון דמיירי דהוזמו עדות האחרונים ג"כ והוה אמינא דנענשין כמו עדות הראשונים אע"ג דנמצא קרוב או פסול ובטלה עדותן והרוצח אינו נהרג ע"פ עדותן · בכל זאת נענשין עדות הראשונים מחמת שיכולים לגמור הדין על פיהם כמ"ש לעיל · ולקחתי הסברא הזאת מדברי הב"י בח"מ (סימן ל"ח אות י"ד) ומפני זה היו נענשין מפני שכוונו בעדותן להרוג אף שאין הב"ד עושין מעשה ע"פ עדותן · והוה אמינא גם בעדות האחרונים היו נהרגין אף שאין ב"ד עושין ע"פ שוב ייעשה אף אם יהיה הדין נעשות · כי כבר נגמר לעשות מעשה ע"פ עדות הראשונים · בכל זאת יהיה נהרגים גם עדים האחרונים כיון שבאו להעיד מסתמא כוונתם כי המה חושבים שמא יוזמו עדות הראשונים ולכן באו והעידו כדי שיהיה:

שיהיה עגמר הדין על פיהם · נמלא זממו להרוג את הרולח · לכן איכא למימעי׳ אם הוזמו עדים האחרונים ג״כ נענשין מפני שכוונתם היו להרוג את הרולח · משמיענו הרמב״ם שאין הדין כן · שאם היו כוונתם פן יוזמו עדים הראשונים היה להם להמתין ולראות אם יוזמו יעידו ואם לאו לא יעידו ולכן כתב הרמב״ם שאין נענשין עדים אחרונים · ומעתה לא קשה מה שהקשו למה נחשבין כת אחת לענין שבטלו העדות · ולענין הזמה נחשבין כשני כיתות : כי זה כבר הוכיחו התוס׳ ושאר פוסקים מהגמרא · דאם כוון הקרוב או הפסול להעיד בשעת ראיה · אף אם לא העידו בב״ד ביחד בטלה העדות · עיין בתוס׳ במכות (דף ו׳ ע״א) ד״ה אמר רבא וכו׳ ובח״מ סימן ל״ו וכן הוא דעת הרמב״ם וכמ״ש : ·

פרח ט אות ד

וכיון שבררנו שמהר״מ אין ראיה שאם ניזום עד אחד בטלה גם עד השני · אנו אמרינן תחלה מצד הסברא שאף אם הוזם עד אחד · אעפ״כ יוכל להצטרף עד הנשאר שלא הוזם עם אחר ומקבלין ב״ד את עדותן · דהא מצד הסברא היינו אומרים שאם נמצא בשלשה קרוב או פסול לא בטלו השנים הכשרים דמהיכי תיתי אנו מבטלין עדותן כיון שהם כשרים רק כיון דגילתה לנו התורה דמקשינן שלשה לשנים · או ידעינן דגם בשלשה בטלה עדותן אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול · אבל היכי שהוזם ע״א · ע״ז לא גילתה לנו התורה דבטלה עדותן ואוקמינן אסברא שלא בטלה · וכי תימא הלא מבואר במשנתינו במכות (דף ה׳) מה שנים אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול כו׳ אף שלשה אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטילה · ואין פסקינן כאביי דעד זומם למפרע הוא נפסל כדאיתא בב״ק (דף ע״ג ע״א) לפי זה נצטרף עד הכשר עם הפסול הניזום בהגדה כשהעידו בב״ד והוה כמו שנצטרף קרוב או פסול בשעת ראיות העדות · דהא כבר כתבתי לעיל שהרמב״ם סובר שאם בשעת ראיה נתכוון הפסול רק לראות בכל זאת אם נצטרף בהגדה פסול · וה״נ אם נצטרף עד הניזום שהוא פסול עם עד הכשר שלא הוזם בהגדה ובטלה כל העדות · ע״ז אני אומר דממשנתינו אין שום ראיה · דהא בשעה שהעידו בב״ד היו שניהם כשרים אף אם למפרע הוא נפסל דהא יכולים לחזור תוך כ״ד כמבואר בב״ק שם · ועיין בתוס׳ שם ד״ה שהעידו בב״א וכו׳ רק אם לא חזר תוך כ״ד הוא נפסל תיכף · וכי תימא מ״מ הא מבואר במשנה שהקישה התורה שלשה לשנים לכמה דברים א״כ לגם זה הוקש שלשה לשנים מה שנים אם ניזום אחד בטלה עדותן כיון דלא נשאר רק ע״א · וה״נ גם שלשה אם הוזם עד אחד אף שנשארו שנים בכל זאת בטלה עדותן כמו שנים · זה אינו דהא כתב הריטב״א בחידושיו למכות שם בד״ה אמר רבי יוסי וכו׳ דטעמא דר״י דאמר דהא דאמרינן דאם נמצא קרוב או פסול עדותן בטילה דוקא · בדיני נפשות אינו כלום אבל בדיני ממונות תתקיים העדות בשאר · וז״ל · א״נ כדפירש התוס׳ דכיון דנפקא לן מהוקשו שלשה לשנים משמע ליה דבדיני נפשות הוא · דפשיטא לן דבשנים עדות שניהם בטלה כי עד אחד בדיני נפשות אינו כלום · אבל בממון אפילו בשנים יכולים אנו לומר שאם נמצא אחד מהם קרוב או פסול שעדות חבירו קיימת מיהת לשבועה · מיהו ר״ע ורבי סברי דספיר גמר דיני ממונות מדיני נפשות מה התם עדות היחיד בטלה לגמרי אף בדיני ממונות בטלה לגמרי ואינו קם אפילו לשבועה · ולכך חוזר ומלמד על השלשה ועל הנואה וכיון דהלכתא כרבי וכו׳ עכ״ל · וכיון דלא ידעינן דבממונות עדותן בטלה בשנים לגמרי שעד הכשר אינו מחייבו אף לשבועה · רק משום דגמרינן מדיני נפשות הא לאו הכי הוה אמרינן דבדיני ממונות לא בטלו עדותן אף בשנים · וכן סובר רבי יוסי באמת · א״כ לא נוכל לומר דמקשינן שלשה לשנים כי היכי דבשנים אם הוזם אחד מהם עדותן בטלה · אף שלשה אם הוזם אחד מהם עדותן בטלה · דממה נפשך דאם באו

והעידו לפני ב״ד שנים ואמרו שהמה ראו שפלוני הרג את הנפש ולא הזכירו בב״ד שיודעים שגם יש עוד אחרים שראו את המעשה הזאת · נמלא כשהוזם אחד מהם גם עד השני אף שלא הזימו אותו מ״מ מוכחש הוא ע״פ הזמה שמזימין את העד האחר דבדיני נפשות בעינן שיאמרו השני עדים שהמה ראו בבת אחת וראו זה את זה · כדאכתוב לקמן · לפי זה כשהזימו ע״א הוכחש גם השני דהעד השני שלא הוזם אומר שראה עם הניזום שפלוני הרג את הנפש · ע״כ לא נוכל להקים שלשה לשנים · מה שנים עדותן בטלה אף שלשה עדותן בטלה · דבשלמא גבי אם נמלא אחד מהם קרוב או פסול מקשינן שלשה לשנים · דהא בשנים אם נמלא קרוב או פסול העד הכשר אין עליו שום ריעותא ליפסול אותו · בכל זאת בטלה עדותו מחמת כי נצטרף עם קרוב או פסול · וה״נ גבי שלשה אם נמלא אחד מהם קרוב או פסול · אף שהשנים הכשרים אין עליהם שום ריעותא לפסול אותם ג״כ בטלה · אבל גבי הזמה אם ניזום אחד מהשנים · השני ג״כ הוכחש ממילא מחמת הזמת עד הראשון · משו״ה הדין נותן דעדותן בטלה כאילו ניזומו שניהם · דמאי נפקא מינה אם פסול עד השני מחמת הזמה או מחמת הכחשה שפסל לאותו עדות שבאת הכחשה הזו מחמת הזמת עד הראשון · נמלא הוה כאילו ניזומו שניהם · ומה שייך להקים שלשה לשנים דגבי שלשה אם הוזם אחד מהם השנים האחרים לא הוכחשו כלל · דהא לא לריכין להעיד רק שראו שני עדים ביחד וראו זא״ז שפלוני הרג את הנפש · ועד השלישי אומר שגם הוא ראה מרחוק את המעשה · והוא לא ראה את השנים והשנים לא ראו אותו · ואם הוזם עד השלישי השנים האחרים לא הוכחשו · לכן לא בטלה עדות השנים שלא הוזמו · ואם נקים שלשה לשנים לענין אם הוזם אחד מהם באופן אחר כגון שבאו שנים והעידו שכל אחד ואחד ראה עם עוד אחר שפלוני הרג את הנפש · ובזה לא בעינן שהשנים שהעידו יראו זא״ז בשעת המעשה · כיון שכל אחד ראה עם עוד אחר · והוא והאחר ראו זא״ז בשעת מעשה כדאכתוב לקמן · ואם באו שנים והיזמו אחד מהם השני לא הוכחש כלל · כיון שלא ראו זא״ז · ואפילו הכי בטלה עדות השנים · ה״נ גבי שלשה אם הוזם אחד מהם בטלה עדותן · גם זה אינו · דגם בשנים גופי׳ כיון דהזכירו בב״ד שיש עדים אחרים שראו את המעשה לא בטלו עדות השנים ; דבשלמא אם לא הזכירו השנים שיש עדים אחרים · התם ידעינן שפיר שבטלה עדות השנים כיון שלא נשאר רק אחד כפי דברי הריטב״א הנ״ל · משא״כ כשאומרים שיש עוד אחרים שראו את המעשה נמלא דלא היה יחיד ולא בטלה עדות השנים · ואיך נוכל להקים שלשה לשנים · היולא מדברינו דלא נוכל להקים שלשה לשנים לענין אם הוזם אחד מהם · ממילא מוקמינן אסברא דעד הכשר נשאר בכשרותו אף גבי שנים אם הוזם אחד מהם באופן השני שאמרו שכל אחד מהם ראו עם אחר · נמלא לפי זה מתורץ דברי הרמב״ם דהזמה לא מיקרי רק אם יזימו את העדים לבד · אבל אם אומרים שגם הרולח והנרלח היו עמהם זה מיקרי הכחשה : דיכולים המזימים לומר שלא נתכוונו להרוג את העדים כמ״ש למעלה · והא דלריכים להזים את שניהם ולא די להם אם יזימו את אחד מן העדים · דחשו שמא יצטרפו עם אחר ויהרגו את הרולח · לכן מזימים גם את העד השני · וכי תימא דהא בדיני נפשות קי״ל דבעינן שיהא רואין זא״ז כדאיתא במכות (דף ו׳ ע״ב) וכן פסק הרמב״ם פרק ד׳ מהלכות עדות הלכה א׳ וכיון דלריכין לראות זא״ז בוודאי כשבאו להעיד בב״ד אמרו שראו זא״ז · דאל״כ לא יקבלו ב״ד את עדותן וכיון שעד האחד מוזם משנים ממילא גם העד השני מוכחש מפי שנים כנ״ל · וא״כ האיך יוכל להצטרף זה העד הנשאר עם עוד אחר כנ״ל : די״ל לומר דמיירי באופן זה שכל אחד מן העדים אומר שראה עם עוד אחר · כי יש שני כיתי עדים על המעשה זאת · ובא אחד מכת זה ואחד מכת זה להעיד בב״ד · ולהכי לא בעינן שיהיו השנים שבאו שיראו זא״ז : כי די מה שכבר היו מצורף עם עד אחר והם ראו זא״ז · וכן משמע בגמרא

במכות (דף ו' ע"ב) דאמר רב זוטרא בר טוביא א"ר מנין לעדות מיוחדת שהיא פסולה וכו' משמע דוקא עדות מיוחדת היא פסולה · אבל כשבא אחד מכת זה ואחד מכת זה כשרה · דאל"כ הוה ליה לאשמעינן רבותא טפי שגם בזה האופן פסולה אף שלא הי' מיוחדת · דעדות מיוחדת מיקרי אחד רואה מחלון זה ואחד רואה מחלון זה · כמבואר בברייתא שאביא תיכף · וכן מבואר עוד שם תניא נמי הכי לא יומת ע"פ עד אחד להביא שנים שרואין אותו אחד מחלון זה וא' מחלון זה ואין רואין זא"ז שאין מצטרפות וכו' · משמע ג"כ דדוקא בשנים עדות הוא דמקרי עדות מיוחדת אבל בארבעה עדות ושנים רואין מחלון זה ושנים רואין מחלון זה ובא מכל אחד מהשנים ונצטרפו יחד והעידו בב"ד היו מקבלין ב"ד את עדותן. ודנין על פיהם · דאל"כ היה להברייתא לאשמועינן רבותא טפי דאפילו בכי האי גונא אין מצטרפות · ובזה יהי' מדוייק פירש"י במשנה בד"ה הרי אלו עדות אחת ואם הוזם אחד מהם או שנים ולא הוזמו כולם אין נהרגין עכ"ל · ולמה לא פירש רש"י כפשוטו דנחשבין עדות אחת דיוכלו לצרף כל אחד מהשנים שראו בחלון זה והשנים שראו מחלון אחר ויוכלו להצטרף אחד מכת זה ואחד מכת זה · דלכאורה משמע דרישא דמשנה משמיעינו דין אחר · דאיתא שם לפיכך נמצאת אחת מהם זוממות וכו' · אלא ודאי שאם יבוא אחד מכל כת מצטרפות עדותן אף שמקצתן אין רואין אלו את אלו · משום הכי הוצרך רש"י לפרש דהא דבעינן מקצתן רואין אלו את אלו אז הם נחשבין לכת אחת היינו לדין הזמה · ובזה יהי' ניחא מה שדחקו התוס' בד"ה תניא נמי הכי דלמה הביא הגמרא תנהכ"י מברייתא הלא גם במשנה מבואר כך · ונדחקו מאוד ליישב זאת · ולפי דברי אתי שפיר דמן המשנה אין שום ראיה לעדות מיוחדת שפסולה דהמשנה מיירי לענין דין הזמה נחשבין כשני כיתי עדים כדפירש"י במתניתין הבאתי לעיל · אבל לענין שיבוא אחד מכת זה ואחד מכת זה דינה כמו כת אחת כמו שכתבתי לעיל · וא"כ אין שום ראיה מהמשנה דעדות מיוחדת שפסולה דבמה שאיירי המשנה לא מקרי עדות מיוחדת כלל ודו"ק · אף שמבואר בכסף משנה (פרק ד' מהלכות עדות הלכה א') וז"ל ומה שכתב צריכין להעיד כאחד ובב"ד אחד אפשר שהוציאו וכו' ונראה לי לקיים הנוסחה דאתי לאפוקי ממה שכתב לקמן וכן אם העידו שני עדים בב"ד זה וחזרו והעידו בב"ד אחר יבוא אחד מכל ב"ד ויצטרפו וסבירי' ליה לרבינו דכך היה בדיני ממונות אבל בדיני נפשות לא יבא אחד מכל ב"ד ויצטרפו · אלא מלבד שצריך שני עדים כאחד · עוד צריך שלשה ועשרים שהיו ביחד ששמעו דברי שני עדים שידונו אותם · לא שיצטרפו קצת מב"ד זה וקצת מב"ד זה וידונו אותם וכו' עכ"ל · לפי דברינו מכש"כ שלא יוכלו להצטרף אחד מכת זה ואחד מכת אחרת בעדות · דב"ד יותר מצטרפים מעדות כמבואר (בבא בתרא דף קס"ה ע"ב) מר בר חייא אמר הכי שלחו לו · שנים שהעידו בב"ד זה וחזרו והעידו בב"ד זה יבואו שיבוא אחד מכל ב"ד ויצטרפו · איבעיא דרבי נתן לא תיבעי לך השתא עדים מצטרפין דיינים מיבעי וכו' עכ"ל הגמרא · לפי עג"ד איני מבין דבריו כלל מלבד מה שהוכחתי מן הגמ' דמצטרפין אחד מכת זה ואחד מכת זה כנ"ל ג"כ איני מבין דבריו מנא לי' להכ"מ לפרש הרמב"ם בדרך זה · ומשמיענו דין כזה · וגם בתחלת דבריו משמע שלא רצה לפרש כן · דלפי עג"ד פירוש הברור בדברי הרמב"ם במ"ש ובב"ד אחד היינו דאתי לאפוקי אם בא עד אחד והעיד לפני ב"ד ואח"כ בא עד השני והעיד ג"כ לפני ב"ד והשני בתי דינין יושבים בבית אחת ומעידין שני עדים כאחת לפני שני ב"ד כל אחד לפני ב"ד אחד · והוה אמינא דיוכלו להצטרף קצת מב"ד זה וקצת מב"ד זה דהא העידו השני עדים כאחת · לכך משמיעינו הרמב"ם דאין מצטרפין · והוציא דין זה כמו שעדות מיוחדת בראיה פסולה כך הדין אם היו עדות מיוחדת בהגדה ג"כ פסולה · דהא עיקר קרא בהגדה כתיב, ובסברת הרמב"ם שהבאתי לעיל דנמצא קרוב או פסול בעדות שנצטרפו יחד בהגדה בטלו העדות כמו אם היו מצורפין יחד בראיה דעיקר קרא בהגדה

כתיב · וגם שהרמב"ם לא פליג עליו בזה כמ"ש לעיל · ותא תשובתו שהרמב"ם כתב אח"כ וז"ל שם אבל בדיני ממונות וכו' ואח"כ כתב בהלכה ו' וז"ל ע"א בב"ד זה ועד השני בב"ד זה וחזרו והעידו בב"ד אחר יבוא אחד מכל ב"ד ויצטרפו · לכאורה משמע לדוקא בדיני ממונות הדין כך · אבל בדיני נפשות אינם מצטרפין · ולפ"ז הפירוש בב"ד אחת שכתב הרמב"ם כמו שכתב הכ"מ · אבל לפי עג"ד לא מוכח מזה כלל · דלכאורה קשה על הרמב"ם לאיזה צורך כתב הבבא השניה · וכן אם העידו שני עדים הלא זה נלמוד במכש"כ מבבא ראשונה והוא מיותר · וצריכין אנו לומר שהרמב"ם כתב זאת כדי לכתוב אבל העד עם הדיין שהעידו שני עדים בפניו אין מצטרפין · ומשו"ה כתב מתחלה הבבא שניה כדי שיוכל לכתוב אח"כ אבל העד וכו' נמצא לפי זה מה שכתב הרמב"ם הבבא שניה וכן אם העידו שני עדים וכו' הוא דרך אגב א"כ יכול להיות שגם בדיני נפשות הדין כן · רק מה שכתב בדיני ממונות כדי להשמיעינו אבל העד עם הדיין שהעידו שני עדים בפניו אין מצטרפים אף בדיני ממונות · [וראיתי בבעל האורים ותומים סימן ל"ח שהיבן ג"כ קושית הגאון מהו' חיים יונה וז"ל כיון דקי"ל פלגינן דיבוריו ואמרינן לא לו רבע כי אם לאחר וה"ל כמעיד בב"ד פלוני רבע ולא לו · וא"כ אם עדים אומרים שעמו הייתם אין כאן הכחשה בגוף עדות דיכול להיות דמ"מ הרובע רבע איש אחר דהא פלגינן דיבוריה ואמרי' לאיש אחר רבע עכ"ל · אף שהאב דבר חכמה בכל זאת איני מבין דבריו כלל · כי לפי דבריו האיך יוכלו ב"ד לקבל עדותם הא אחד מעיד שהרובע רבע את העד השני והעד השני הנרבע פלגינן דיבוריה כאלו העיד שרבע לאיש אחר לפי דברי הא"ת א"כ אינם מעידים על הרובע שרבע לאיש אחד · אלא ודאי הא דפלגינן דבורי' רק שלא יהיה פסול לעדות · כי אין אדם משים עצמו רשע · להא פלגינן דבוריה ואמרינן שהעיד שרבע לאדם אחר · אבל לענין עדות לא פלגינן דיבוריה · רק מקבלין עדותן כמו שהם מעידים · א"כ נשאר קושית הגאון רבי חיים יונה בדוכתיה ומה שהרגלתי נראה לפענ"ד כוון והו"ק

והתוס' ס"ל ג"כ כדעת הרמב"ם · ואז לא משכחת הזמה אלא על גוף העדות ולא על המעשה והמיגו דאי בעי פסלי בגזלנותא הוא ג"כ על גופן של עדות ולא על המעשה · וא"כ שפיר הוא מיגו מתרי טעמים הנ"ל והוה כנתברר ונחקרו לפני ב"ד שאלו עדים המזימין אומרים אמת · שאם ירצו לשקר היה פוסלין בגזלנותא מחמת שהי' להם לחשוב אולי יוזמו גם הם ויופסדו ממון · ועל זה מסקי אדעתייהו שפיר העדים · ולכן לא דמי לשני כיתי עדים המכחישות זו את זו וחזקה מסייע לאחת מהם כי החזקה לא מברר לנו מידי · ולא הוה כנתברר לפני ב"ד · לכן מה שכתב הגאון רבינו ע"א גבי חזקה א"א פורע בתוך זמנו המסייע לכת אחת מן העדים לא מעלה ולא מוריד · דחזקה לא עדיפא מעדים · דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו · הוא רק מטעם אנן סהדי ואנן קי"ל תרי כמאה · ול"נ לפענ"ד איפכא כיון דהוי אנן סהדי הוה כנתברר לפני ב"ד דהעדים המסייעים לחזקה הם אומרים אמת · דהא קיי"ל כאביי בהא · דע"כ צריך להבין טעמא דאביי דס"ל עד זומם חידוש הוא ואין לך בו אלא מחידושו · דאין לומר דאביי סובר ג"כ דעד זומם חידוש הוא רק דסובר דלא אמרינן א"ל בו אלא חידושו · דא"כ למה אמר רבא חידוש הוא · הלא אביי סובר ג"כ בהא כוותיה · אלא הוה ליה למימר אין לך בו אלא מחידושו ואילך · דלא פליגי רק בזאת הסברא · אלא ודאי דאביי סובר דעד זומם לאו חידוש הוא · וצריכין להבין מפני מה אינו חידוש לדידיה · אלא ע"כ שאנו מאמינים לכת המזימין שיש להם מיגו דאי בעי הוה פסלי בגזלנותא · והוה כנתברר לפני ב"ד שאומרים אמת כמ"ש לעיל · והתירוץ השני שתירצו התוס' שם נראה דלא הוה מיגו משום מיגו דבתרי לא אמרינן סובר אביי כמו שתירצו התוס' (בקדושין דף מ"ג) דהמיגו שנפטרים בה העדים מממון אמרינן מיגו דבי תרי · וא"כ הכא שפיר אמרינן מיגו דאי בעי הוי פסלי בגזלנותא דאף דהוא מיגו דבי תרי כי היה להם לחוש פן יוזמו גם הם ויפסידו ממון · ואף שהתוס' שם כתבו ג"כ לרבא דאמרינן מיגו כי האי · והכא תירצו התוס' דלא אמרינן מיגו כי האי · נוכל לחלק אליבא דרבא · דהתם וודאי נפטרים מממון אנו אומרים מיגו בי תרי · כי בוטחים הם זע"ז · אבל הכא שאינו רק חשש בעלמא פן יוזמו גם הם לכן אינם בוטחים זע"ז · ולא אמרינן

מיגו דבי תרי · ואביי סובר דהכא אף שהוא רק חששא בעלמא שיופסדו ממון אמרינן ג"כ מגו דבי תרי · ובזאת הסברא פליגי אביי ורבא · ואנן קי"ל דעד זומם לאו חידוש הוא מחמת שיש להם מיגו כנ"ל · והוא כנתברר לפני ב"ד · לכן הם נאמנים אלו סהדי בתראי · וא"כ בכן חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו · אם החזקה מסייעי לכת אחת · הוא ג"כ כנתברר לפני ב"ד שהכת המסייע להחזקה הם אומרים אמת · כמו שסובר אביי דעד זומם לא הוה חידוש משום דיש להם מיגו כנ"ל והמיגו הוא כנתברר לפנינו ב"ד שהם אומרים אמת. ועוד נלפענ"ד להביא ראיה מהא דאמרינן בכמה דוכתי בראשונים ובאחרונים דמיגו דבי תרי לא אמרינן משום דכל אחד ואחד אינו יודע מה שבדעת חבירו לטעון · ואם הושוו בדבר זה לומר לא יושוו בדבר אחר · ולכאורה קשה ע"ז מהא דאמרינן (בקידושין דף מ"ג) והשתא דתיקון רבנן שבועות היסת וכו' · ועיי"ש בתוס' בד"ה והשתא · ומביאם לפסק הלכה בטור ובש"ע ח"מ (סימן קכ"א) ועיי"ש בש"ך (ס"ק כ"א) · דרחמנא אמר ע"פ שני עדים יקום דבר משמע דנאמנים בדיבורם לבד · אבל לא כשצריכים לצרף עמהם עוד דבר אחר ולא מיקרי עדים · וא"כ מה צריכים הראשונים והאחרונים לטעם דהא דאין נאמנים במיגו משום מיגו דבי תרי לא אמרינן שזאת הסברא לא נמצא בש"ס · בלא"ה ג"כ אינם נאמנים כיון דאין נאמנים מצד דיבורם לבד רק שצריכים לצרף עמהם מיגו · לא מיקרי עדים · וזאת הסברא מצינו בגמרא בקדושין הנ"ל · אלא ודאי הא דצריכין לטעמא משום מיגו דבתרי לא אמרינן · משום דבלא"ה היה נאמנים מצד המיגו כי המיגו הוא רק דרך הבירור שנתברר לפנינו ב"ד שהם אומרים אמת · ולא צריכים לשום סיוע רק הב"ד בעצמם מבררים מצד המיגו שיש להם שדבריהם אמת · אך זאת יכולים לתרץ דברי הגאון רע"א הנ"ל · כי המיגו אינו כמו שנתברר לפנינו ב"ד כמ"ש · אלא כדעת הגאון הנ"ל · ובכל זאת לא קשיא הא דקדושין דהכא העדים אין עושים שום מעשה אחר עדותן רק הב"ד מאמינים לעדים מצד מיגו שלהם · אבל הך דקדושין הנ"ל צריכים העדים לעשות מעשה היינו שצריכין לישבע לא מקרי על פי דבורם בלבד כי צריכין לעשות מעשה אחר עדותן · אך לפי מה שכתבנו לעיל ראיה לדברינו מדברי אביי · נכון :

פרק י

ובכן שבארנו שאביי ס"ל דעד זומם לאו חידוש הוא · דאל"כ לא הוה אמר רבא חידוש הוא כיון דאביי ג"כ סובר כן · וכתבתי שטעמא דאביי דלאו חידוש הוא מה שאנו מאמינים העדים אחרונים משום דיש להם מיגו דאי בעי הוה פסלי לקמאי בגזלנותא · וזהו ניחא רק לדעת הרמב"ם כמ"ש לעיל · אבל לדעת החולקים על הרמב"ם · דס"ל דאם אמרו העדים עמנו הייתם העדים והמלוה והלוה נמי מיקרי הזמה · צריכים להבין מ"ט דאביי שסובר למפרע הוא נפסל · והלא חידוש הוא משום דהזמה כי האי לית להו מיגו · משום דרוצים להעיד גם על ההלואה · ואם נפסלינהו בגזלנותא אם יבואו עדים אחרים להעיד על ההלואה מחוייב הלוה לשלם ואם יזימם פטור הלוה · והוה כמו מיגו לאלי טענה · וא"כ א"א לומר דהוה כנתברר לפני ב"ד כנ"ל בפרק הקודם · א"כ מ"ט דאביי · ונוכל לומר דהחולקים ס"ל כדעת מהרי"ט בא"ע (סימן ל"ז) · דסבירא לי' דמה שהעדים נפסלים לאו חידוש הוא · דמה לי שפוסלם בגזלנותא ומה לי שפוסלם מחמת שהעידו שקר · אף שדעת מהרי"ט שהחידוש הוא מה שהמוזמים חייבין לשלם ממון · צריכים להבין · ועיין בריב"ש ובאו"ת סימן ל"ח מה שהקשו על זה · וגם התוס' מיאנו בזאת שכתבו אין להקשות מנא לן דמיהמני המזימין לפוסלן · נימא דאין לך לריבויי אלא חידושו · ועשיתם לו כאשר זמם אבל אין נפסלין · דודאי כיון דמשלמין ממון ונהרגין כ"ש שנפסלין דלא הימנוהי רחמנא לגלאין · וא"כ כי היכי דלמהרי"ט מה שנפסלין אינו חידוש · ה"נ אם יהיו התוס' סוברים כדעת מהרי"ט גם מה שמשלמין ממון לא הוה חידוש · דלא הימנוהו רחמנא לגלאין ·

א"כ צריכים להבין לפי דברינו מה חידוש דקאמר רבא · אלא צריכים אנו לומר שהחולקין ס"ל דעידי בתראי נאמנין במיגו דאי בעי הוה פוסלין לקמאי בגזלנותא · ומחמת החששא שמא יבואו עדים אחרים ויעידו על ההלואה ויגיע הפסד להלוה · יכולים להעיד ג"כ בב"ד עדות בפני עצמו שהלוה או המלוה היו עמהם ביום פלוני · ועכשיו לא יגיע שום היזק להלוה · ואף לפי דברינו מה שכתבנו שלא יהיו דברי התוס' סתרי אהדדי · מוכח שהתוס' מיאנו בסברא כזאת · דאל"כ יהיו נסתרים דברי התוס' דבבא קמא ודב"ב בסתירה · ולפי דעתי יש להתוס' סברא נכונה · דאם יעידו עדים על שני דברים נפרדים זה מזה על הלואה אחת כדי שיגיע טובה להלוה · אולי יאמרו הב"ד שהם שקרנים שמבקשים תחבולות כדי לפטור להלוה · וכעין זה איתא במכות (דף ה' ע"א) כת איסטטנית היא זו · מ"מ החולקים לית להו סברת התוס' · ולכן מה שנפסלין הקמאי לאו חידוש הוא כי נאמנים בתראי לפוסלן מצד שיש להם מיגו · וכיון דפסולין הקמאי ג"כ משלמין ממון כסברת התוס' הנ"ל דאין לומר דפסולייהו דקמאי אינו רק מספק מצד הסברא · ואין אנו יכולים להייבם ממון מספק · דהא היש מפרשים שבתוס' ע"כ לא סבירא להו הך סברא · כמבואר למעיין בתוס' שם · רק התוס' במרובה בב"ק (דף ע"ב ע"א) ד"ה אין לך כו' חידשו זאת הסברא בעוד י"ל דלרב חסדא אינם פסולין רק מספק · עיי"ש בתוס' ב"ק הנ"ל ובתוס' סנהדרין (דף כ"ז) ותמצא להדי' כדברי · אך החידוש הוא מה שהאמינה התורה לעידי בתראי · אף כי יש להם מיגו אין להאמינם כמו שאכתוב לקמן לדעת הרמב"ם · כיון דצריכים לצרף עם ההודעה העדים מיגו אינם נאמנים עיי"ש שביארתי הסברא הזאת בארוכות בטוב טעם ודעת · וכמ"ש התוס' סנהדרין (דף כ"ז ע"א) ד"ה אין לך בו וכו' הנ"ל וז"ל וי"ת דהא דקאמר הכא חידוש הוא לאו אפסולי דקמאי קאי אלא אהכשירא דבתראי וכו' עכ"ל עיי"ש בתוס' הטעם · וטעמא דאביי נוכל לומר דאביי אזיל לשיטתו בחולין (דף ק"ח ע"א) דסבר אביי טעמא ולא ממשו דאורייתא דיליף מבו"ח · אע"ג דבשר בחלב חידוש הוא · דאי תרי כולה יומא בחלבא שרי כפי' התוס' שם · אלא אביי ס"ל דלא הוי חידוש משום דהחידוש הוא לקולא שפיר מצינו למילף מיני' חומרא וה"ה איפכא א"כ הכא החידוש הוא מה שאנו מכשירין הבתראי אבל מה שנפסלין הקמאי לאו חידוש הוא משום דיש להבתראי מיגו כנ"ל ומחמת זה אינו סובר אביי כסברת רבא דלמכאן ולהבא הוא נפסל · כיון שהחידוש הוא מה שאנו מכשירין · וזה הוא שני ענינים נפרדים · וכמו שדימו התוס' בסנהדרין הנ"ל ובמו"ק (דף ח') · ורבא סובר אפילו היכא דהחידוש לקולא ליכא למילף מיני' חומרא וה"ה איפכא · משום זה סבירא לי' דהוה חידוש · ונוכל ג"כ לומר דאזלי לשיטתייהו במו"ק (דף ז' ע"ב) דגרסינן שם דתני' וביום הראות בו יש יום שאתה רואה וכו' מכאן אמרו חתן שנולד בו נגע נותנים לו שבעת ימי המשתה גכו' · וכן ברגל · דברי רבי יהודה רבי אומר אינו צריך הרי הוא אומר וציוה הכהן וגו' אם ממתינן לו לדבר הרשות כש"כ לדבר מצוה · מאי בינייהו אמר אביי משמעות דורשין א"ב ורבא אמר דבר הרשות איכא בינייהו · ור"י מהתם לא גמרינן חידוש הוא דהא עלים ואבנים בעלמא לא מיטמא והכא מיטמא כו' עכ"ל הגמרא · ואיכא למימר דאזלי לשיטתם דאביי סובר דמחידוש ילפינן היכא דהחידוש הוי לקולא וה"ה לחומרא · ע"כ ס"ל דלאו חידוש הוא ומצינו למילף מוציוה הכהן · ע"כ אמר אביי משמעות דורשין א"ב · ורבא סובר אפילו היכא דהחידוש לקולא או איפכא הוה ג"כ חידוש · וליכא למילף מוציוה הכהן דחידוש הוא · ע"כ א"ר דבר הרשות א"ב · ור"י סובר דלדבר הרשות אין ממתינין לו ולא ילפינן מוציוה הכהן דחידוש הוא · ונוכל ג"כ לומר דאזלי לביטתייהו במס' שבועות (דף כ"ה ע"ב) וז"ל הגמרא שם · אלא לרב למאי הלכתא אפקה רחמנא · פירש"י בשבועת העדות והלא היתה בכלל שבועות ביטוי כו' אמרוהו רבנן כו' · אמר להו אביי תרתי לא מליתי אמריתו דתניא לאחת מהלה לאחת אתה מחייבו וא"א מחייבו

שתים

שתים כו' ורבא אמר משום דהוה דבר שבכלל ויצא לידון בדבר החדש · פירש"י וכראוין להעיד · אין לך בו אלא חידושו בלבד · כו' עכ"ל הגמ' · נמצא סברת רבא דלא מצריך קרא למיפטרי' מתרתי · משום דסבר דחידוש הוא · אע"ג דהחידוש הוא לקולא כפירש"י שם דלא מחייב על שבועות העדות כ"א שנשבע בב"ד וכראוין להעיד סובר רבא דהוה ג"כ חידוש . ע"כ לא צריך קרא למיפטרי' מתרתי · ואביי סובר שפיר ילפינן לחייבו בתרתי · ע"כ צריך קרא לאחת מחלה לאחת אתה מחייבו כו' · ולהכי אתי שפיר לפי דברינו מה שפסק הרמב"ם בהלכות שבועות (פרק ט' הלכה י"ד) כאביי דמצריך קרא למיפטרי' מתרתי · משום דפסקינן כאביי בעד זומם דגמרינן אף דהחידוש הוא לקולא כנ"ל · ע"כ צריכין אנו לפסוק גם בהא כאביי דחד טעמא הוא · ואזיל קושיות הלחמ"מ שם · שהקשה למה פסק רבינו כאביי · ולא כרבא דהלכתא כוותי' לגבי דאביי · ולפי דברינו ניחא · וגם לפי דברינו יתיישב לשון הרמב"ם מהלכות טומאת צרעת (פרק ח' הלכה ח') שדיקדק עליו הל"מ שם · כי ז"ל החתן שנראה בו נגע נותנין לו כל שבעת ימי המשתה וכו' וכן ברגל נותנין לו כל ימות הרגל שנאמר וצוה הכהן ופינו את הבית וגו' אם המתינה תורה לדבר הרשות שלא יטמאו כליו ק"ו לדבר מצוה · ומדקדק עליו הלחמ"מ וז"ל בפ"ק דמ"ק איכא מאן דמפיק להאי דרשה מקרא וביום הראות בו ואמרינן מ"ב אמר רבא דבר הרשות א"ב דלמאן דמפיק לי' מקרא ופינו את הבית אף לדבר הרשות ממתינין · ורבינו ז"ל שפסק כרבי ה"ל לבאר כל זה · ואף אביי דאמר משמעות דורשין א"ב נראה דס"ל דלכ"ע אף לדבר הרשות ממתינין ע"כ . ולפי דברינו יתיישב · הנה צריכין להבין לאביי דאמר משמעות דורשין א"ב ולכולי עלמא ממתינין אף לדבר הרשות א"כ מ"ע דרבי יהודה דיליף מביום הראות בו וקאמר חתן שנולד בו נגע נותנין לו וכו' דאיכא למיטעי דדיוקא קאמר ר"י חתן · וקרא דופינו את הבית וגומר חידוש הוא · ולא גמרינן מיני' טומאה דגופא · הוה לי' למילף מוציוה הכהן ופינו וגו' דאיירי קרא בדבר הרשות · ולמילף בק"ו לדבר מצוה כרבי וליכא למטעי · וצריכין אנו לומר דאביי סובר דאין חילוק דלא הוה חידוש כנ"ל דהחידוש הוא לחומרא וליכא למטעי כל זה סברת אביי אבל הרמב"ם דקדק בלשונו הטהור וקאמר חתן שהוא דברי דר"י ויליף מוציוה וגו' שהיא דברי דרבי ולא יליף מביום הראות כולו כר"י כתחילת דבריו · ואף כי לפי דברינו הנ"ל דאין חילוק · משום דאין לטעות ולומר כנ"ל · היינו לאביי דסובר דאין חילוק אבל רבא סובר אליבא דרבי יהודה דיש חילוק · ולא גמרינן מופינו אה"נ דחידוש הוא כנ"ל · ואם הרמב"ם פוסק כרבא אליבא דרבי כדפסקינן בכולא ש"ס · לא הוה לי' להתחיל ולומר חתן כי איכא למיטעי ולומר דוקא חתן · וא"ת דידעינן זאת מסוף דבריו · שכתב שממתינין לדבר הרשות ק"ו לדבר מצוה · בכל זאת למה צריך להתחיל ולומר חתן שמשמע דוקא חתן אליבא דרבא וסותר לסוף דבריו שכתב שממתינין אף לדבר הרשות · אלא ודאי שהרמב"ם לא פסק כרבא · אף שהלכה כרבא לגבי אביי · משום דאזיל לשיטתי' שפסק כאביי דעד זומם לאו חידוש הוא · משום דהחידוש בענין אחר · וא"כ גבי נגע ג"כ לאו חידוש דהוה מענין אחר דהחידוש הוא לחומרא כנ"ל ולהכי מה דהקילה התורה לגבי קולא לאו חידוש הוא · ולהכי התחיל בחתן וסיים בסוף דבריו שממתינין אף לדבר הרשות · כדי לרמז שפוסק כאביי · וגם כדי שלא יקשה עליו · שאם לא היו מתחיל בחתן רק היו מתחיל בדבר הרשות היו נראה מדבריו שפוסק כרבי אליבא דרבא · וזה הי' לכאורה קשה למה פסק כרבי לגבי ר"י שהוא רבי · לכן התחיל בחתן כדי לרמז שפסק כאביי א"כ אין נפקא מינה לדינא בין רבי ובין ר"י · וממילא אזלא קושיות הלחם משנה הנ"ל · וזה אין צורך להרמב"ם לבאר בלשונו מפני מה שפוסק כאביי כי זה אין דרכו לבאר מה שצריכין לתרץ ממקום אחר:

ולפי דברינו זה לכאורה קשה על הרמב"ם דפרק ט"ו מהלכות מאכלות אסורות דפסק שם טעם כעיקר דרבנן כרבא הנ"ל · דמבשר בחלב לא יליף דחידוש הוא · והנה החידוש הוי כמ"ש התוס' סנהדרין הנ"ל דאי תרי כולו יומא בהלכתא שרי · דהחידוש הוא לקולא שהוא שני ענינים · הוה לי' לפסוק כאביי דסובר דחידוש כי האי לאו חידוש הוא · כמו דפסקינן כאביי בעד זומם דלאו חידוש הוא · מטעם דהחידוש הוא לקולא · והכא ג"כ החידוש לקולא · וצריכין אנו לומר דהרמב"ם סובר דהחידוש הוא גבי בשר בחלב לא כמ"ש התוס' סנהדרין הנ"ל דאי תרי כולו יומא בהלכתא כנ"ל · אלא כמ"ש התוס' ע"א (דף ס"ה ע"ב) ד"ה הבגד וז"ל · וא"ת וליבטל ברובא כדפריך בשילהי תמורה וכו' · ותירץ הר"ר יוסי בהר"ר יו"ט דשאני כלאים דכל עיקרו אין אוסרין אלא ע"י עירוב שהרי שנייהם היתר לכך אוסר עירובו ולא בטלו · וא"ת והרי בשר בחלב דכל אחד לחוד שרי ועירובו אסור ואפ"ה בטל כדאמרינן כו' אם יש בנותן טעם כו' · וי"ל דשאני בשר בחלב דגלי קרא בהדיא דבטל כדאמרינן התם דרך בישול אסרה תורה עכ"ל · ולפי זה מצינו למימר דהרמב"ם סובר כי זה גופא הוא החידוש · כי לפי הדין הי' לנו לאסור בשר בחלב במשהו כמו גבי כלאים · מחמת כי האיסור הוא ע"י עירוב · אלא דהתורה גילתה לנו כאן בבשר בחלב לא תבשל גדי דרך בישול אסרה תורה · וזה הוא החידוש · וזה שאמר רבא בחולין (דף ק"ח) דרך בישול אסרה תורה · דמבשר בחלב לא נוכל למילף דטעם כעיקר דאורייתא דחידוש הוא · דמדינא הוא דלא בטל כלל דכל אחד בפני עצמו היתר הוא · ולא שייך ביטול כמו דאמרינן גבי כלאים · ומה שצריך דוקא נתינת טעם גזרת הכתוב דרך בישול אסרה תורה וכ"ז שלא נתן טעם אין בו איסור בב"ח וכמ"ש הש"ך סימן רנ"ט ועיין שם · ע"כ אתי שפיר מה שפסק הרמב"ם כאן כרבא ולא כאביי כנ"ל · כי לא דמי לעד זומם הנ"ל · כי התם לא הוה חידוש מחמת שני פנים · אחד שהחידוש הוא בענין אחר הכשרא דבתרתי ומה דפסלינן קמאי הוא ענין אחר לפסול הקמאי · וגם שהחידוש הוא לקולא ומה דילפינן הוא לחומרא · וכן הך דמועד קטן הנ"ל הוא ג"כ כהאי גוונא דהחידוש הוא בענין אחר מה דעצים ואבנים מיטמאו הכא · ומה דגמרינן הוא ענין אחר להמתין על חתן שנראה בו נגע כנ"ל · וגם החידוש הוא לחומרא ומה דגמרינן הוא לקולא · וכן בשבועות הנ"ל הוא ג"כ דחידוש הוא בענין אחר ולקולא · שאין חייבין על שבועות העדות אלא בראוין להעיד ובב"ד · ומה דבעינן למיגמר הוא ענין אחר ולהומרא לחייבם שתים כנ"ל · ע"כ סובר הרמב"ם התם שפיר דלא הוה חידוש וגמרינן שפיר · אבל הך דטעם כעיקר נהי דהחידוש הוא לקולא כנ"ל דבטל · ומה דבעינן למילף הוא חומרא · מ"מ באותו ענין שאמרה תורה שטעם כעיקר אסור בבשר בחלב גילתה התורה באותו דין חידוש שבטל הטעם שהוא כעיקר אם יש בו ששים · לכן לא נוכל למילף שאמרינן בכל מקום טעם כעיקר כיון דיש בו חידוש · ע"כ סובר הרמב"ם בהא דהוה שפיר חידוש ולא גמרינן מיני' · אע"ג דגם בהא סבר אביי דלא הוה חידוש וגמרינן מבשר בחלב דטעם כעיקר דאורייתא · מ"מ הרמב"ם לא ניחא לי' לדמות להך דעד זומם · הנ"ל · ע"כ מהדרינן לכללה דכלל הש"ס אביי ורבא הלכה כרבא · ע"כ פוסק שפיר הרמב"ם הכא דטעם כעיקר דרבנן · ולכאורה קשה לפי דברינו דהחידוש הוא בעד זומם ואין לך בו אלא חידושו דאינו נפסל אלא משעת הזמה · דאע"ג דאין החידוש בפסולי הראשונים אלא בהכשר האחרונים · אפה"כ לא ילפינן לענין פסול · דכהאי גוונא אמרינן דלא ילפינן טעם כעיקר מבשר בחלב · משום דעיקר חידוש בסיפרא דאי תרי לי' בהלכתא וכו' · וכן מבואר בתוס' בסנהדרין (דף כ"ז ע"א) ד"ה אין · מסוגיא דזרוע בשילה בחולין (דף צ"ט ע"א) דאמרינן שם אליבי' דרבא דסיבה דהחידוש הוא לקולא גמרינן מיני' שפיר לחומרא · עיי"ש שכן מבואר להדיא · ואח"כ מצאתי בספר אגודת אזוב שהקשה ג"כ על התוס' הנ"ל · ותירץ על פי מה דאיתא במ"ק הנ"ל לרבא אליבא דרבי דיליף מופינו את הבית · איצטריך נמי וביום הראות בו · דאי לאו וביום וגו' לא הוה ילפינן מופינו וגו' משום דטומאת ביתו חידוש הוא · אבל בתר דכתיב וביום

הראות

הראות לטומאת גופו לדבר מצוה · דאשכחן מיהת המתנה בטומאת גופו לדבר מצוה · ילפינן שפיר דממתינין אף לדבר הרשות · מטומאת ביתו אע"ג דחידוש הוא · עיי"ש בפירש"י · הרי דלרבי אע"ג דכולי מילתא לא ילפינן מחידוש בכל ענין · מ"מ בתר דגלי קרא במקצת שיש המתנה תו ילפינן שפיר איזו קולא בענין המתנה גופה אפילו בדבר שהוא חידוש · הואיל דהחידוש הוא לחומרא וה"ה להיפך · והשתא אתי שפיר הכל דסוגיא דהכא אתיא ככו"ע · אפילו לרבי נמי כולי מלתא לא ילפינן מחידוש בכל ענין · וא"כ הכא לענין טעמו וממשו שהוא דבר חידוש לגמרי דהיינו כולי מלתא לכולי עלמא לא מצינו למילף מבשר בחלב דחידוש הוא · אע"ג דהחידוש הוא לקולא כנ"ל · וסוגיא דזרוע בשילה אתיא כרבי דס"ל דהכי דכולי מלתא לא ילפינן מחידוש בכל ענין · מ"מ מקצתו בכמות הדבר לבד ילפינן שפיר מחידוש · היכא דהחידוש הוא לחומרא גמרינן מיני' קולא וכן להיפך · והרי התם עיקר מלתא דבעי ביטול כבר ידעינן דעכ"פ בעינן רובו · נמצא דלא ילפינן מזרוע בשילה לחומרא כולי מלתא אלא מקצתו בכמות הביטול · ושיעורו עד מאה או ששים לכל מר כדאית לי' · וכהאי גונא ילפינן שפיר לחומרא · כשהחידוש הוא לקולא דאינו אלא גילוי מילתא בעלמא · באופן ביטולה עד כמה :

וגם אין להקשות על דברינו מאחר שכבר הבאתי שדעת הרמב"ם דהזמה לא הוה אלא כשמעידין על גופן של עדות עמנו הייתם · ומהמלוה והלוה אין אנו יודעים · א"כ איך נוכל לומר לדעת הרמב"ם דהחידוש הוא מה שאנו מכשירין הבתראי ומה דפסולין הקמאי לא הוה חידוש משום דהוה מיגו טובה ומעוררת · והוה כנתברר לפני ב"ד שהעדים האחרונים הם אומרים אמת כמ"ש לעיל לדעת התוס' אם סוברים כדעת הרמב"ם הנ"ל · א"כ קשה דלא הוה חידוש מה שאנו מכשירין הבתראי דהא נאמנים במיגו · וגם הרמב"ם כתב בפירוש (בפרק י"ח מה' עדות הלכה ג') דמה שהאמינה התורה לבתראי הוא גזרת הכתוב · ולפי דברינו הלא מן הדין היו לנו להאמינם משום דיש להם מיגו כנ"ל · ויש לתרץ דאיתא בקידושין (דף מ"ג ע"ב) והשתא דתיקון רבנן שבועות הישת וכו' · וכתבו התוס' שם ד"ה והשתא · הטעם דלמה העדים אינם נאמנים אחר שנשבעו · משום עד הצריך שבועה אינה עדות · וגם שאר ראשונים כתבו זאת הטעם · (ועיין בטור ובש"ע ח"מ סימן קכ"ח וש"ך ס"ק כ"א) · וא"כ ה"נ לא נוכל להאמין להעדים אחרונים מטעם מיגו · כיון שאינם נאמנים בעדותן לבד · אלא צריכין לצרף עמהם מיגו אינם נחשבין עדות · דכל עד הצריך לצרף עמו דבר אחר אינו עד · כדכתב בהדיא בש"ך (שם ס"ק כ"א הנ"ל) · דרחמנא אמר ע"פ שני עדים יקום דבר משמע דנאמנים בדיבורם בלבד · אבל כל שצריכים לצרף עמו עוד דבר אחר לא מיקרי עד · ואין לומר לפי זה דא"כ אמאי פסלינן לקמאי · משום דיש להם לבתראי מיגו · הלא אין הבתראי נאמנים מכח מיגו שלהם כנ"ל · וא"כ ממילא אין אנו יכולים לפסול הקמאי מכח מיגו של בתראי · דנלפענ"ד דהאמת הדבר כך הוא · דהא מוכח בתוס' בב"ק (דף ע"ב ע"ב) ד"ה אין לך · בתירוץ הב' דלרב חסדא דס"ל דשני כיתי עדים המכחישות זא"ז פסולין וודאי ולא פסולין מספק ואף לסייע למחזיק אינם נאמנים נגד שני עדים המעידין להוציא מן המוחזק · וכן משמע להדיא בתוס' סנהדרין (דף כ"ז ע"א) ד"ה אין לך · וכן משמע להדיא בתוס' בב"ב (דף ל"א) · ולכאורה צריכין להבין מ"ט דרב חסדא דפסולין בודאי · וצריכין לומר דטעמיה הוא משום כיון דיש שני כיתי עדים המכחישות זא"ז · כל כת מוציאה את הכת שכנגדה מהחזקת כשרות שלהם · והוה כמו שאין להם חזקת כשרות · ודמיא להא דאמרינן תרי ותרי הוה ספיקא דאורייתא · אף אם חזקה מסייעות לכת אחת מהן · בכל זאת לא מוקמינן אחזקה כי שני עדים מסלקין החזקה · והוה כמו תו"ת ואין שום חזקה מסייעת לאחת מהן · וא"כ כיון דאמרינן דשני כיתי עדים המכחישות זא"ז מסלקינן משניהם החזקות כשרות שלהם הוה כמו עדים שאין להם חזקת כשרות ואין נאמנים לשום דבר · אבל רב הונא נוכל לומר דסובר דתרי ותרי אוקמה אחזקה · כמ"ד דתו"ת הוה ספיקא דרבנן · ומשו"ה ס"ל דכל כת וכת באה בפני עצמה ומעידה · כי יש להם חזקת כשרות · וגם זאת יש לנו כלל להשוות ולא לעשות פלוגתא · נמצא דעד כאן לא פליג רב הונא על רב חסדא רק בשני כיתי עדים המכחישות זא"ז ואין להם מיגו כדכתבנו לעיל דבהכחשה אין להם מיגו לבתראי · אבל בהזמה יש להם מיגו לבתראי · בזה צריכים אנו לומר דלא פליג ר"ה על ר"ח וסובר ג"כ כר"ח דעידי בתראי מסלקין החזקה כשרות של ראשונים · משו"ה פסולין הם מצד הדין ולא מחמת חידוש · אבל מה שאנו מכשירין הבתראי הוא רק מחמת חידוש : כיון דאינם נאמנים רק מצד מיגו · ובלא מיגו לא היו נאמנים · ומצד הדין אינם נאמנים בעדותן לאותו דבר אף לרב הונא דקיי"ל כוותיה · כיון שצריכין העדים לצרף עם עדותן המגו כמבואר בקידושין הנ"ל · ומה שהאמינה התורה לעידי בתראי לאותו דבר הוא רק מחמת חידוש · לכן כתב הרמב"ם שפיר דמה שהאמינה התורה לעדי בתראי הוא רק גזרת הכתוב ומה שפסולין העדים הראשונים אין הטעם מחמת שנאמנים העדים האחרונים רק הם פסולים כמו שסובר ר"ח וגם ר"ה מודה וזה כמש"כ : לאחר כ"ז אינה ה' לידי ס' חידושי הרשב"א על כתובות ומצאתי סברא זאת כמעט כמ"ש רק בדברים שונים וז"ל ואין צריך לכך דעדים לא מהימני משום מיגו · כל שמתורת עדות לא מהימנה · מתורת מיגו לא מהימנה דלא האמינה התורה בכך · וכוונתו כמ"ש בודאי ושמחתי מאוד שכוונתי לדעתו הגדולה והרחבה · וגם מצאתי בספר אבני מלואים בשם הריטב"א (בסימן ל"ה א' סק"ה) · בהא דאמרו קודם שנתקנה הישת אית להו מיגו דאהדרינהו ללוה · וכתב עלה ז"ל ואע"ג דאמרינן בעלמא שכל עד שאינו נאמן מתוך עדותו אינו נאמן במגו · התם הוא כשאינו נאמן מתוך פיסול אחר · אבל כשר לעדות הוא · אלא שאתה אומר שנוגע בעדותו · ובהא אמרינן דלאו נוגע בעדות הוא דהא אי בעי אמרי אהדרינהו ללוה ע"כ ·
ובזה אתי הכל שפיר :

פרח יא אות א'

ולפי דברינו הנ"ל אין אנו מבינים מה שכתב הבעל כו"פ בסימן (פ"ז ס"ק ט"ו) · וז"ל אמנם מבואר ברמב"ם (פי"ד הלכה י"א) מהלכות מ"א דאם עירב דבר מר ראש ולענה לתוך מאכל איסור או שהסריח והבאיש ובטל מאכילת אדם הרי זה פטור דס"ל שלא כדרך הנאתן אבל אם עירב דבר מר בקדירה בשר וחלב הרי זה אסור דחייב אפילו שלא כדרך הנאתן ע"ש : ובזה אמרתי בחידושי · דהרמב"ם נתן טעם דלכך אם האיסור מבאיש ובטל מאכילת אדם פטור דהוה ליה שלא כדרך הנאתן · ואילו בגמרא דע"א קאמר הטעם דחזיה לאכילת אדם קרוי נבלה ושאינה ראויה לאכילת אדם לא קרוי נבלה · משום דקשיה ליה להרמב"ם קושית התוס' ר"י דס"ל נותן טעם לפגם מותר והיינו דבעינן חזי לאדם · ואלו גבי טומאת נבלה פסק ר' יוחנן טומאה חמורה עד לכלב · וכן כתב הרמב"ם בפ"ב בהלכות ט"א · ותירץ התוס' לחלק בין איסור לטומאה לא ברירה ליה דהא הכל מחד קרא נדרש · ולכן סבירא ליה להרמב"ם דסוגיא דע"א הוא אליבא דאוקימתא דפסחים פרק ב' דלוקין אף שלא כדרך אכילתן וא"כ צריך הטעם משום דלא חזי לאכילת אדם וביותר מה שכתב מהרש"ל והר"י בן לב בפירוש התוס' בשמעתתא שבוע שלא אוכל נבלות · דלר"ש דס"ל כל שהוא למלקות אפילו שלא כדרך הנאתן נמי מחויב · ועיין משנה למלך בריש הלכות מדע שהאריך בזה ולפי זה שם בגמרא פריך מ"ט דר' שמעון דס"ל נט"ל מותר · נ"ל משום דהוי שלא כדרך הנאתן דלר"ש מתחייב וצ"ל דס"ל לר"ש נבלה דלא חזיה לאכילה לא הוי נבלה וא"ש · אבל לר' יוחנן דס"ל לא אמרינן נבלה דחזיה וכו' לטומאת זה אזיל לשיטתו דסבירא ליה אין לוקין אלא כדרך הנאתן כו' · ומאכל שהבאיש הוי שלא כדרך הנאתן וכו' · יהיה איך שיהיה

עב"ס

עכ"פ הדבר מבואר ברמב"ם בבו"ח אפילו נתן לתוך הקדירה של בו"ח דבר הפוגם ביותר מ"מ אסור · דחייב עליו שלא כדרך הנאתן · אך בין תבין אשר לפניך ה"מ כשכבר נאסרה בבו"ח · אבל בשר שנפל לתוך חלב ודבר מר ג"כ עד שפוגם אינו נעשה איסור בב"ח כלל עד שנאמר שיאסור שלא כדרך הנאתן · כי התורה לא אסרה התערובות רק כשנותנים זה בזה טעם לשבח אבל לא בפגם · וכאותו שאמרו דרך בישול אסרה תורה · וצריך זה מזה לקבל טעם של שבח וזה ברור כו' עכ"ל · ולפי מה שכתבתי דהחידוש של בב"ח שהאסור הוא על ידי תערובות ולא הוה ליה לבטל כמו כלאים · ואעפ"כ גילתה לנו התורה דבטל מחמת דרך בשול אסרה תורה כנ"ל · וא"כ איך יתכן מה שתלה דין נט"ל לאסור בב"ח שנאסר מכבר ע"י טעם לשבח כיון שלוקין אף שלא כדרך הנאתן דמה שגילתה התורה שלא נאסר אלא ע"י טעם מושבח רק בעת עשית איסור בב"ח · ועל זה קאי לא תבשל · אבל מה שכבר נעשה בב"ח ע"י שבח ואח"כ נתערב באחרים ונט"ל אעפ"כ אסור משום דע"ז לא קאמרה התורה דרך בישול · וא"כ קשה איך יהיה בטל בב"ח הנאסר מכבר שנתערב באחרים ויהיה הדרא קושיות התוס' הנ"ל לדוכתא הלא מצינו גבי כלאים דלא בטל אם נתערב שני חוטין צמר ופשתן שנארגו יחדיו זה עם זה · בבגד שנעשה כולו מצמר גמלים כמש"כ הרא"ש בהלכות כלאי בגדים סימן י' וז"ל צמר גמלים וכו' דעשאן בגד לא שייך ביה בטול אפילו חוט אחד בכל הבגד כדתניא כו' אבל היתר שנתערב בהיתר וע"י תערובות זה נאסר לא שייך ביה בטול ברוב דאין כאן אלא חתיכה אחת של אסור כו' והא דבב"ח כו' משום דדרך בישול אסרה תורה ויהיה נתינת טעם דווקא וכו' תוספתא בד"א בזמן שהביא פשתן וצמר וטרפן זה בזה אבל העושה חלוק שכולו צמר גמלים או כולו צמר ארנבים וארג בו חוט אחד של צמר וחוט אחד של פשתן אסור פירוש שמני חוטין של צמר ושל פשתן זה אצל זה כו' עכ"ל · וכן פסק הטור בס' רנ"ט וז"ל ולא שייך ביה בטול אלא קודם אריגה · אבל לאחר שעשה מהם בגד לא שייך בהו ביטול שיבטל אחד מהם במין אחר שאפילו בחוט אחד של פשתן שארג בשל צמר נעשה כולו גוף אחד של איסור אפילו עשאה בגד מצמר גמלים וארג בו חוט אחד מצמר רחלים ואצלו חוט אחד משל פשתן כולו אסור כו' עכ"ל · וכן פסק הש"ע יו"ד (ס' הנ"ל ס"ב) וכן כתב הט"ז שם לדעת הטור לחלק בין קודם אריגה לאחר אריגה · ובהא מתרץ הט"ז אליביה דהטור הך דבגד שאבד בו כלאים דאסור מיירי לאחר אריגה וכגון שהיה כולו בגד מצמר ארנבים וארג בו חוט אחד של צמר וחוט אחד של פשתן זה אחר זה דלא בטלו · ולכאורה הוא קשה למה לא בטלו בכהאי גווני שארג חוט אחד מצמר רחלים וחוט אחד של פשתים בבגד שכולו מצמר גמלים או ארנבים · דא"ל הטעם דלהכי לא בטלי כמ"ש הרמב"ם והובא בש"ע הנ"ל סעיף א' משום דחוט אחד חשיבי ולא בטלי · דהא מוכח בהרא"ש להדיא דלא ס"ל האי טעמא כמש"כ אפילו ח"א לא בטלי · ואח"כ כתב דלא שייך ביטול אלא איסור שנתערב בהיתר אבל היתר שנתערב בהיתר וע"י תערובות זה נאסר · לא שייך ביה בטול · ואי ס"ל טעמא משום חשיבות הלא בכל התורה כה"ג לא בטלי · ולמה לטעמא דהיתר בהיתר · אלא לכאורה כולו טעמא של הרא"ש משום היתר בהיתר · א"כ קשה לא מצינו דלא נתבטל אלא דהיה קודם שנתערב היתר ואח"כ נתערב · אבל היכא דנאסרו מכבר כי הכא שנתערבו שני חוטין צמר ופשתים יחדיו ואח"כ נתערב בבגד של צמר גמלים ליבטלו דלא שייך הכא טעמיה דהיתר בהיתר · והלא נאסרו מכבר · ומוכרחים אנו לתרץ קושיה זאת דלכאורה עוד קשה דאם עיקר הטעם משום דהיתר בהיתר לא בטלי · א"כ הך דצמר רחלים וצמר גמלים שטרפן זה בזה · והיה הרוב מן הגמלים היכי בטלי ושרי לארוג עם פשתן · אלא ע"כ עיקר טעמיה של הרא"ש דהתורה אמרה דאיסור תערובות כלאים לא יבטל מין אחד את חבירו אפילו הוא חוט אחד · ולא דמי להך דצמר רחלים וצמר גמלים שטרפן דהתם לא היתה עליו שם כלאים מעולם דהא בטל מכבר וזה תוכן כוונתו · נמלא אפילו היכי דהיתה איסור כלאים מקודם ואח"כ נתערב ונארגו בבגד של צמר גמלים נמי לא בטלי כיון דהתורה אמרה דאיסור כלאים לא יבטל אחד את חבירו · כדאיתא בתוספתא ובטור ובש"ע הנ"ל · וא"כ קשה דהדרא קושית התוס' דע"א הנ"ל והרא"ש הנ"ל לדוכתיה בבשר וחלב היכי דנאסר מכבר ע"י טעם מושבח ואח"כ נתערב בתבשיל אחר למה בטלי · כי התוס' והרא"ש הנ"ל מדמי לכלאים · וליכא למימר כמ"ש התוס' והרא"ש הנ"ל דרך בישול אסרה תורה · שלא לפי דברי הכו"פ לא קאי אלא בעת עשיית האיסור · אבל היכי שנאסרה מכבר ואח"כ נתערב ע"ז לא קאמר קרא דרך בישול היכי דאיכא טעם מושבח כיון שהיו לוקין בכה"ג אף שלא כדרך הנאתן והלכך נ"ט לפגם אסור · וא"כ קשה למה בטלי בכה"ג · אלא ע"כ כיון דבטלי מוכרח לומר דקרא דדרך בישול קאי גם אף היכי דנאסר מכבר ונתערב בתבשיל אחר דבטלי · דבעינן טעם ולשבח ולא לפגם · א"כ מוכח דנט"ל מותר אף בכה"ג שלא כדעת הכו"פ הנ"ל · כיון דכבר הוכחתי שהרמב"ם סובר דהחידוש של בשר בחלב הוא מה דלא נאסר במשהו כמו גבי כלאים כמו שהוכחתי לעיל · דבלא זה היה נוכל לתרץ דעת הכו"פ מה שתירץ לדברי הרמב"ם הנ"ל דהרמב"ם לא ס"ל כתירוץ התוס' דע"א הנ"ל דגבי בב"ח גילתה לנו התורה דרך בישול שלא יאסור במשהו כמו גבי כלאים דנוכל לתרץ קושיות התוס' דע"א הנ"ל בדרך אחרת · דיש סברא טובה לחלק בין בב"ח לכלאים דגבי כלאים אסור לנו התורה ללבוש חוט אחד של צמר וחוט א' של פשתן אפילו במשהו [ולא תקשי עלי מהא (דמנחות דף מ"א ע"א) דאין ערלי בכלאים דמשמע דעכ"פ בעינן שעור קלא · דזה אינו דחוט א' של כלאים אוסר כמבואר בכל הפוסקים רק דבעינן שיהיה הבגד הנעשה מצמר גמלים יהיה בו שיעור קלא ואם נארג בו חוט אחד של כלאים אסור] ממילא כשעת שנאסרו ג"כ נאסרין זה מזה במשהו · אבל גבי בב"ח מוכח בכמה מקומות בגמרא שאין חיוב מלקות על אכילתן אלא בכזית · ולר"ש לקיש דסובר דחצי שיעור מותר מן התורה מותר לגמרי פחות מכזית · דשיעורין ואזלינן הלכה למ"מ · כדאיתא ביומא פרק בתרא ובסוכה פרק קמא · ממילא בעת שנאסרו זה מזה ג"כ בעינן דבר חשוב כמו לאחר שנאסרו בעינן דבר חשוב · לכן בעינן בשעה שנאסרו נתינת טעם זה בזה ולא במשהו · דלפי סברת הכו"פ היה איפכא בעת עשיית האיסור בעינן טעם מושבח ולאחר שנאסרו ס"ל נט"ל אסור וכ"ש דלא נוכל לומר איפכא ממילא אין צריך להטעם מה שלא נאסר במשהו הוא מלד שגילתה לנו התורה דדרך בישול אסרה תורה · ויהיה קשה לנו כיון בלאחר שנאסרין על זה לא בעינן דרך בישול כסברת הכו"פ · וא"כ היה לנו לאסור במשהו · אבל לפי דברינו ניחא דאף בלאחר שנאסרו לא קאי הקרא דרך בישול בכל זאת לא אסר במשהו כדכתבתי לעיל · אבל כיון שכבר הוכחתי לעיל דהרמב"ם סובר דהחידוש בבב"ח הוא מה שבעינן נתינת טעם זה בזה ולא אסר במשהו כמו גבי כלאים · דאל"כ קשה עליו למה פסק כרבא דטעם כעיקר דרבנן · הלא כבר נפסק הלכה דעד זומם לאו חידוש הוא · א"כ בבב"ח גם כן לאו חידוש הוא והוי ליה לפסוק טכ"ע דאורייתא כמו שכתבתי לעיל · אלא ע"כ מוכרח דהרמב"ם ס"ל כתירוץ התוס' דע"א הנ"ל וא"כ לא יוכל לתרץ דברי הרמב"ם כדברי הכו"פ הנ"ל · ועל תוס' דע"א הנ"ל לא קשה מידי דהם לא ס"ל כהרמב"ם שאם ערב דבר מר מקרי שלא כדרך הנאתן · וא"כ יהיה מוכח מזה דנותן טעם לפגם אסור אלא פירשו שלא כדרך אכילתן כשאר מפרשים · וא"כ קאי דרך בישול אף לאחר שנאסרין והו"ק :

פרח יא אות ב

ועוד אני מבין מה שכתב הכרתי ופלתי דלא תבשל משמע דצריך זה מזה לקבל טעם של שבח בעת שנעשה איסור בשר בחלב דלפי דבריו איך יליף אביי (בפסחים דף כ"ה ע"א) להכי לא כתב אכילה בגופו לומר שהיו לוקין אפילו שלא כדרך הנאתן פירש דכתב רחמנא לא תבשל גבי בב"ח במקום שהיה.

שהיה צריך התורה לכתוב לא תאכל בב"ח מזה נשמע דהי' לוקין שלא כדרך הנאתן · דהא לא תבשל ג"כ משמע דבעינן דווקא כדרך הנאתו שיקבל טעם זה מזה לשבח וז"ל דג' לא תבשל כתיבי אחד לאיסור בישול ואחד לאיסור אכילה ואחד לאיסור הנאה כדאיתא בחולין קט"ו וא"כ מחד לא תבשל דכתיב לאיסור בישול ידעינן דדרך בישול אסרה תורה ומאידך לא תבשל דאתא לאכילה ידעינן לשלא כד"א וע"כ חילק הכו"פ דלא תבשל דדרך בישול היינו בעת הבישול בעינן שיהא לשבח · אבל לאחר מכן גם נט"ל אסור אף דהוי שלא כדה"נ ·

ולפי מה שכתב הפ"מ בסוף פתיחה להלכות בשר בחלב · שלאחר שנאסרו בב"ח אסורין אפילו נפגמו אחר כך מאוכל אדם · ומיהו אם נפלו לתבשיל אחר אין אוסרין דכל נט"ל רחמנא שריא דטל"ע ואיך אוכל יטעם לו היינו בנותן טעם מושבח מה שאין כן זה שנותן טעם פגום ובטל מטעמא דחד בתרי כל שאין טעם מושבח ולפ"ז קמה קושית הצמח צדק על מהרי"ל במקומה · דהקשה למה הצריך מהרי"ל להגעיל הא נט"ל הוא כיון שמעורב אפר בתוך בב"ח · דמה שתירץ הכו"פ דלשיטת הרמב"ם ניחא דכיון דסובר דלאחר שנאסרו הבשר בחלב אסור נט"ל · הא לכאורה כתב הפ"מ שפיר דהיינו דוקא כשהוא בעינא · אבל מה שנאסרו על ידי נתינת טעם בעינן דוקא טעם מושבח ולא ע"י טעם פגום · אך לכאורה נראה לי דדברי הכו"פ נכונים דכיון דבעינא אסור אף כשהם פגומים ה"ה גם בנט"ל אסור אף שהוא רק טעם בעלמא · וקודם שנבאר זאת אחקור אם נ"ט בר נ"ט בשאר איסורין או בבשר בחלב אי אסור רק מדרבנן או דאסור אף מדאורייתא · והנה ראיתי לספרי מגדים בס' צ"ד בש"ד בס"ק כ"ג שהוא מסופק בנ"ט בר נ"ט בשאר איסורין אי אסור מן התורה או לא · דע מסמ"ק איסור והיתר כלל ל"ד דין ד' מבואר להדיא דנ"ט בר נ"ט הוי מדרבנן · ולר"ן פרק כל הבשר יש להסתפק אי מן התורה או מדרבנן הואיל וחל עליהו שם איסור לא רצו להתיר אח"כ מכמה טעמים וכתב ע"ז ועיין בספר ג"ו כלל ס"ה בשאלה א' התם הי' כמה צדדים להיתירא · אבל מפני זה לחוד אין להורות בספיקא להקל · ובמשבצות זהב כתב בשל"ה בס"ק א' ונ"ט בר נ"ט באיסורי כבר כתבנו בש"ד בש"ך אות כ"ב עי"ש · ועיין תשובת הרשב"א תקי"ו משמע קצת דהוי דין תורה וטעם חלב בקדירה ג"כ הוה נ"ט בר נ"ט · ועיין פריסה פ"ז א' · ולפענ"ד נראה דדין בשאר איסורין דנ"ט בר נ"ט אסור רק מדרבנן כיון דהסמ"ק ואיסור והיתר סבירא להו כן · וגם מבואר כן בהרא"ש פרק כל שעה בס"ז שכתב וז"ל וכן נמי אם היורה גדולה אינה בת יומא אינו צריך להכשירה מטעם שפרשתי ולא גזרינן להגעיל בכלי שאינה בת יומא כי היכי דאסרינן לבשל בכלי שאינו בן יומא אטו כלי שהוא ב"י · דהתם ראוי לגזור שאם יבשל בכלי בן יומו התבשיל אסור מן התורה · וכן תבשיל שעושין בני הבית בקל יטעו אם נתיר לכתחלה · לבשל בכלי שאין בן יומו כך יבשל בכלי שהוא בן יומא · אבל הכא אם יחזור ויבלע מעט מן הנפלט דבר מועט נ"ט בר נ"ט הוא · עכ"ל וכיון שדעת הרא"ש ג"כ דנ"ט בנ"ט אינו אסור רק מדרבנן · ונצרף לזה דיש כמה דעות מהראשונים דסוברים דטעם כעיקר רק מדרבנן פשיטא דסבירא להו דנ"ט בנ"ט רק מדרבנן · והחולקים ע"ז דסבירי להו דנ"ט בר נ"ט אסור מן התורה הוא דעת הרשב"א לבד · לכן נ"ל דנ"ט בר נ"ט אסור רק מדרבנן דכיון דרבים סוברים כן · אך זאת נראה לפי ענ"ד דזה הוא רק בשאר איסורין · אבל בבשר בחלב הוא מן התורה · דהאיסור והיתר כתב בכלל ל"ד ד"ד וז"ל אבל גבי נ"ט של איסור לא והלכך בילים וירקות או מים נקיים שהוחמו בקדירה של איסור בן יומו אפילו אם חומם בה מים ב' או ג' פעמים ונותן מן המים השלישית בתבשיל אפילו לאחר שנצטננו צריך ס' כנגדן · והטעם משום שאעפ"י שלגבי האיסור עצמה הוי ודאי נ"ט בר נ"ט מן האיסור לקדירה ומן הקדירה לירקות ובילים · מ"מ הירקות והבצים עצמם הן האיסורין כ"כ כמו האיסור עצמה דהא קיי"ל בכל איסורין הנבלע בהיתר שהאתיכה כולה צ"כ אפילו ההיתר שבה כמו האיסור עצמו עכ"ל או"ה · וכן מבואר בב"י בסימן צ' הטעם הזה והביאו ספר ראש יוסף ולפי טעם זה בב"ח נ"ט בנ"ט אסור מן התורה דהתיכה נעשה נבלה בבשר בחלב הוא מן התורה · ואף שהש"ך כתב בסימן צ"ד בס"ק ד' על הדין אם תחב הכף בקדירה שני פעמים ולא נודע בנתים צריך שני פעמים ששים · וכתב ע"ז הש"ך דנראה דמה"ט כתבו הטוה"מ אם תחב ב' פעמים כו' צריך ב' פעמים ס' ולא כתבו סתמא ואם תחב הרבה פעמים צריך ס' בכל פעם משום דאזלינן לטעמייהו דס"ל דלא אמרינן חנ"נ רק בבשר בחלב · דמטעמא הוא מפני שכל אחד היתר בפני עצמו וע"י חיבורן נאסרו · משא"כ בשאר איסורין וכמש"כ בסימן צ"ב ס"ק י' והלכך כשתחבו פעם ב' תו ליכא למימר דנעשה נבלה · דכיון שכבר נאסר הכל לא נעשה נבילה אח"כ אפילו תחבו הרבה פעמים סגי בב' פעמים ס' · והסמ"ק דס"ל בכל איסורים חנ"נ באמת לא כתב בסימן רי"ג האי לישנא דצריך ב' פעמים · הא הפרי חדש אות ד' צעק ככרוכיא דמ"מ נעשה נבילה אף להמחבר וכפי שנראה מדבריו שם דמש"ה הוא נעשה נבילה דמ"מ שם בשר בחלב עליו ועיין שם אות כ' וכן הסכים הכו"פ להפר"ח אות ז' · ולפ"ז הוא ספיקא דאורייתא בנספך ואסור · והביאם הפרי מגדים שם · וכיון דהדין בבשר בחלב נעשה נבילה מן התורה אף לאחר שנאסר מכבר · ואח"כ נתן טעם נ"כ מדאורייתא · לפי זה גם נ"ט בר נ"ט בבב"ח ג"כ הוא מן התורה לפי הטעם של האיסור והיתר · והב"י בסימן צ' הנ"ל ולפי תשובות הרשב"א בסימן תקע"ז מבואר עוד טעם אחר מה שאסור נ"ט בר נ"ט באיסורא · שכתב וזה לשונו אבל בלע של איסור אין אומרים נ"ט בר נ"ט מותר · ואפילו יוצא לשלישי ולרביעי עד שיכשיר את הכלי כפי מה שהוא כלי בהגעלה או בליבון · וזה דבר ברור ואין בזה שום פקפוק · ומיהו ראיתי בקנטרוסך שכתבת דיש אומרים כן ומביאים ראי' מקערה שמלח בה בשר · ותמהני על מי שהביא הראי' וכי לראי' זו אני צריכה · והלא מקרא מלא דבר הכתוב בכלי מדין ובריית' נמי תניא ע"א (דף פ"ה ע"ב) הלוקח כלי תשמיש מן הכותים עכ"ל · וכדי ליישב שלא תקשה על או"ה וסמ"ק הנ"ל שסוברים דנ"ט בר נ"ט רק מדרבנן מהראיה שהביא הרשב"א מכלי מדין שצותה תורה להגעיל מוכח מזה שנ"ט בר נ"ט אסור מן התורה · אמרתי לתרץ זאת · דהא דצותה התורה להגעיל משום דאין מבטלין איסור לכתחילה ואם יבשל בלא הגעלה ויהנה מן האיסור דאז מבטל איסור לכתחילה לכן צותה התורה להגעיל מקודם שיבשל · אבל הרשב"א סובר דאם אין כונתו לבטל מותר לבשל אף לכתחילה כמו שאביא אי"ה לקמן בפרח י"א בכפתור שני דעת הרשב"א והוא בס' תש"ג · ואם לא הי' נ"ט בר נ"ט אסור מן התורה לא צותה התורה להגעיל דכונתו רק לבשל ולא לבטל האיסור כמו שנביא אי"ה לקמן דברי הרשב"א וזאת חששא רחוקה דלמא יהיה כוונתו לבטל להנות מן האיסור · וכיון דדבר רחוק הוא לא חיישינן להכי · כמבואר בפוסקים שבהגעלה הולכין אחר רוב תשמישו מן הכלי · דכיון דאין עיקר תשמישו לכך לא חיישינן דלמא איתרמי ועבד הכי · והוא מבואר בכמה מקומות ואחד מהם אציגה לך · עיין בתוס' בחולין (דף ח' ע"א) ד"ה שליבנה וכו' ועיין בש"ע או"ח סימן תנ"א שגם שם מבואר כן לכן מביא הרשב"א ראי' מכלי מדין שנ"ט בר נ"ט אסור אף בשאר איסורין · והסמ"ק והאו"ה יכולים ג"כ לסבור כהרשב"א דאם אין כונתו לבטל מותר לבשל לכתחילה כמו שאביא לדינא בכפתור שני בפרח י"א · ואפ"ה אין ראי' מכלי מדין שנ"ט בר נ"ט אסור · דהא פסקינן דנותן טעם לפגם מותר · ומה שאמרה תורה להגעיל כלי מדין היינו דוקא אם רצה להשתמש כשהיא בן יומא · כמבואר בגמרא בכמה מקומות · לפי זה ג"כ אנו אומרים דהא דאמרה התורה להגעיל כלי מדין היינו דוקא אם נתכון לבטל את האיסור · ואמרה תורה אם רצונו לבטל את האיסור יבטל על ידי הגעלה · ולא בתבשיל שיבשל בהכלי שאז יהנה מן האיסור

כשיתן

כשיתן האיסור טעם בתבשיל · סוף דבר הכל נשמע דנ"ט בר נ"ט בבשר בחלב אסור מן התורה בין לדעת הסמ"ק והאיסור והיתר ובין לדעת הרשב"א · וגם הרא"ש בפ' כ"ש שהבאתי לעיל ג"כ יכול לסבור כוותייהו אך זאת עדיין נשאר לנו לברר האיך הדין נ"ט בר נ"ט בבב"ח וגם היא לפגם אי אסור מן התורה או אף מדרבנן מותר · הנה לפי דעת הסמ"ק והאיסור והיתר הנ"ל שסוברים דנ"ט בר נ"ט דאסור הוא מן הטעם דחתיכה נ"נ עכ"פ בשאר איסורין מדרבנן · לפי זה בבב"ח דחנ"נ מדאורייתא אף בנותן טעם לפגם לפי דעת הרמב"ם · ולפי זה הדין בנ"ט בר נ"ט וגם הוא לפגם ג"כ אסור מן התורה · אבל לפי דעת הרשב"א דסובר דהטעם דנ"ט בר נ"ט אסור · נמידין אגו זאת מכלי מדין · והתם אם היה נותן טעם לפגם מותר · ולכאורה הוא הדין דגם בבב"ח אם הוא נ"ט בר נ"ט והוא לפגם ג"כ מותר · דכיון דילפינן זאת משאר איסורין אין יכולין להחמיר בבב"ח משאר איסורין · ולפ"ז בבב"ח בנ"ט בר נ"ט וגם לפגם מותר אף מדרבנן כמו בשאר איסורין · וכיוצא בו ראיתי בספר פרי מגדים בס' צ"ד במשב"ז בסעיף ק"ד ובפתיחה להלכות בשר בחלב והבאתי דבריו לעיל · והרואה יבחן ויקרב מה שנראה לו אי כסברת הפ"מ אי כסברתי . אך נראה לפענ"ד דאין יכולים לומר לא כסברת הפ"מ ולא כסברתי · דהא מבואר בכמה מקומות הפלוגתא דברים הלמידין בג"ש או אפילו במה מצינו · עיין (בחולין דף ק"כ ע"ב) ברש"י בד"ה בדון מינה ומינה וכו' שלמידין דבר מחבירו אי דיינינן ליה וגמרינן ליה לכל מילי או דון מינה מה שאנו צריכים לו ואוקי באתרא למילי אחרנייתא דמפרשי בגופי' · ואנן פסקינן כמ"ד דון מינה ואוקי באתרא כמבואר באבן העזר (בס' ד' סעיף א') וזה הדין כמ"ד דון מינה והוקי באתרא עיין (ביבמות דף ע"ח ע"ב) בגמ' שם ותמלא בהדיא כדברי · וכיון שכן לפי טעם הרשב"א דנ"ט בר נ"ט אסור למידין זאת מכלי מדין · אף דשם בנותן טעם לפגם מותר · מ"מ בבב"ח בנ"ט בר נ"ט וגם לפגם אסור מן התורה · דלמידים אנו משאר איסורים דנ"ט בר נ"ט אסור והוקי באתרא כיון דהדין דבב"ח אף אם הוא לפגם אסור מדאורייתא · ה"ה בנ"ט בר נ"ט וגם הוא לפגם אסור מדאורייתא דאוקי באתרא · לפ"ז בין לדעת הסמ"ק ואו"ה דהטעם דנ"ט בר נ"ט אסור משום דאמרינן דנעשה נבילה לפי דבריהם בבב"ח וגם הוא לפגם אסור מן התורה כיון דחתיכה נעשה נבילה אף אם הוא לפגם . גם לפי דברי הרשב"א ג"כ העליתי שגם הוא סובר דנ"ט בר נ"ט אסור אף שהוא לפגם · ולפי זה דברי השפל כרתי ופליתי לכאורה נכונים כיון דהרמב"ם אוסר בבב"ח אף כשהן פגומים . ה"ה אף בנתינת טעם לפגם ג"כ אסור בבב"ח · וכיון שכן ניחא הא דמצריך המהרי"ל להגעיל הכלי שמבשלין בו אפר שמעורב בו בבב"ח · ואף שהוא רק טעם פגום · מחמת שיש בו אפר · כיון דבבב"ח אסור אף נט"ל · אך לפענ"ד אינו צודק זאת כיון דבכל הפוסקים משמע דנו"ט לפגם מותר אף בבב"ח · וכן הלכה רווחת דמורין כן בכל יום · האיך הצריך מהרי"ל להגעיל · וגם צריכים אנו לתרץ קושיא הראשונה של הכו"פ למה לא חשש מהרי"ל שעובר על בישול בשר בחלב בעת שמבשלין האפר לחפיפת הראש כמ"ש לעיל :

לכן נראה לפענ"ד דהא דאסור הוא רק אם כונתו להנות מן הטעם האיסור ונחשב בעיניו לטעום טעם האיסור · אבל אם לא אחשביה את האיסור בעיניו רק שאכל את האיסור באינו מתכוין שנמילא אכל את האיסור אף אם הבב"ח בעינא ומעורב בו דבר מר שהוא לפגם לאו איסורא קא אכל · כיוצא בזה מצינו בדברי הרא"ש בפסחים בפ' כ"ש בסימן א' וז"ל דאמר רבא חרכו קודם זמנו מותר בהנאתו אף לאחר זמנו וכגון שנפסל מלאכול לכלב דומיא דפת שעיפשה · יש שרוצים לומר לאו דוקא הנאה דהוא הדין נמי אכילה דעפרא בעלמא הוא · ולא מסתבר דאע"פ דבטלה דעת האוכל אצל כל אדם · מ"מ כיון דאיהו קאכיל ליה אסור · וכ"כ הרב הברצלוני ז"ל וז"ל והני מילי דמותר בהנאה לאחר זמנו אבל באכילה לא · ומהאי טעמא נמי אסיר כותח הבבלי כי אכיל ני' דתנן פסחים (ד' מ"ב) אלו עוברין בפסח כותח הבבלי וכו' והביאו דברי הרא"ש בש"ע בסימן תמ"ב בסעיף · ובמג"א שם בפסק הלכה דיו שהוא מבשל בשכר שעורים מותר לכתוב בו · וכתב המג"א הטעם בשם תרומות הדשן דלא חיישינן שיתן קולמסו לתוך פיו וחמץ שנפסל מאכילת כלב אסור באכילה דכיון שנותן שלא בכוונה ליכא קפידא · דדוקא לאכלו בכונה אסור דאחשביה · ועיין ביור"ד (סימן קל"ד ס"ו) והסכימו בזה כל האחרונים · ומה שכתב המ"א שם בסעיף קטן י"ד · לכן י"ל דהכי פירושו דהרא"ש בא להוכיח דאין היתר בחרכו אלא בדבר שאינו ראוי לאכילה · דאי אמרת כיון דחרכו אפי' ראוי קצת לאכילה תו ליכא שם חמץ עליה · א"כ הל"ל מותר באכילה לאחר זמנו · אלא ע"כ איירי שחרכו עד שאינו ראוי לאכילה כלל · אבל מוריים שראוי לאכילה ליכא היתר בחרכו · וה"ל כשאר חמץ שעבר עליו הפסח שאסור בהנאה כנ"ל ברור בפי' הרא"ש עכ"ל · נ"ל שכונת מג"א הוא כך דאי אמרת כיון דחרכו אפילו ראוי קצת לאכילה תו ליכא שם חמץ עליה אף אם אחשבי' שאכל בכונה יהיה מותר · כיון דמותר בהנאה בחמץ כזה דאף שהיה מן הראוי לומר שאסור בהנאה אף דלא אחשביה כיון שראוי קצת לאכילה והוי ליה כשאר חמץ דלא בעינן התם אחשבי' והסר בהנאה אף אם בפירוש לא אחשבי' · וכיוצא בזה מצינו בשבת קכ"ד ע"ב תנ"ה מגופה שנכתתה היא ושבריה מותר לטלטל בשבת וכו' ואם זרקה באשפה אסור מתקיף לה רב פפא אלא מעתה זרק ליה לגלימיה ה"נ דאסור אלא אר"פ אם זרקה מבעוד יום לאשפה אסור · וכתבו ע"ז בתוס' השתא לא פריך אלא מעתה זרק לגלימיה מבעוד יום דכיון דלא היה מוכן מבעוד יום ליכא לדמוי לגלימיה · הרי חזינן השתא דבגלימיה אף אם בפירוש ביטלה אפילו הכי תורת כגד עלי' · ה"נ גבי המן כיון דראוי קצת לאכילה אף אם בפירוש ביטלה אינו בטל מתורת אוכל · ולא דמי למאי דאיתא (בפסחים דף מ"ה ע"ב) דתניא הפת שעיפשה חייב לבער מפני שראויה לשוחקה ולחמע בה כמה עיסות אחרות רבי שמעון בן אלעזר אומר במה דברים אמורים במקויימת לאכילה · אבל קופת שאור שיחדה ליפיבה בטלה · וכתבו שם התוספות דאע"פ שראוי לאכילה בטלה ע"ש · הרי חזינן דאף אוכל שראוי לאכילה אם מקויימת ליפיבה בטלה · נראה לענ"ד דהתם שאני דהרבה בני אדם עושין בענין זה · ולכן בטל מתורת אוכל אבל גבי המן שראוי לאכילה קצת דשאר ב"א אין מבטלין אותן מתורת אוכל רק הוא לבדו מבטלה בטלה דעתו לגבי בני אדם ואינה בטילה מתורת אוכל · ונראה לי להביא ראי' לזה דהא גמרא מדמה הך דקופת שאור שיחדה ליפיבה בטלה להך דבלק שבסידקי עריבה דג"כ התם בטלה · ובלק שבסידקי עריבה עושין הרבה בני אדם כיוצא בו · ויכול להיות דת"ק דר"ש ב"א ג"כ ס"ל שבלק שבסידקי עריבה בטלה · והברייתא דסבירא לי' הבלק שבסידקי עריבה עובר בבל יראה ובבל ימצא אמאן תרמייא · אלא נראה דגם בקופת שאור הרבה בני אדם עושין כן · ולכן אתייא הך ברייתא כת"ק דרשב"א דבד"א שאיתא בברייתא הוא בא לחלוק ג"כ · עיין תוס' ערובין (דף פ"א ע"ב) בד"ה הכי גרסינן אמר ר"י בן לוי · ועוד נראה לי להוכיח כדברי דאם נאמר דיכול לבטל האוכל מה שאר בני אדם אין עושין כן לבטל באופן זה אוכלים: יהי' קשה הא דאמרינן בכמה מקומות דהמן לאחר זמן איסורו אין לו שום תקנה שלא יעבור בבל יראה ובבל ימצא · רק שצריך לשרוף את החמץ · הא יכול לבטלה ליחדה לשום תשמיש שלא יהי' הנאה מהתשמיש ויהי' כעפר בעלמא · ואף למאן דמחמיר הכא מודה דבפחות מכזית יכול לבטל ליחד אותה לדבר אחר · ושוב לא נקרא אוכל · וזה בוודאי אין סברה לומר כי מחמת כי החמץ אינו ברשותו אינו יכול לבטל אותה שלא יהי' עליו תורת אוכל · וא"כ הי' יכול לבטל את החמץ אף לאחר זמן איסורו · דהיינו שמיחדו לשום תשמיש שלא יהי' הנאה מזה כגון שימוש לכותי אלא ודאי כיון דאין דרך שאר ב"א לבטל אוכלין שלו שיהנה אחר

כגון

כגון כותי לא בטיל מיני׳ תורת אוכל מן החמץ דבטלה דעתו אצל שאר בני אדם · היוצא מדברינו דבאוכל דחזי לאכילה לא מהני בטלה בפירוש מתורת אוכל דבטלה דעתו אצל שאר בני אדם והוי כתורת אוכל לכל דבריו · והכי נמי גבי המץ דאם ראוי קצת לאכילה נקרא עליו תורת אוכל ולא מהני אף אם בטל בפירוש · זהו נראה מצד הסברא · ואפילו הכי חזינן לפי דסוברים השתא דאם הרכו החמץ וראוי קצת לאכילה מותר בהנאה · מוכרחים אנו למימר כיון שאינו ראוי רק קצת לאכילה שוב אינו נקרא אוכל · אף שעומד עדיין בחשיבותי׳ כיון דראוי קצת לאכילה וא״כ הל״ל שמותר אף באכילה · דאין לומר כיון שאכלה אחשבי׳ · ולכן הוא אסור באכילה · דהא אף אם לא אחשבי׳ ג״כ הוא בחשיבותי׳ · ואפי׳ הכי כיון דהרכה קצת לא מיקרי אוכל · וה״נ אף אם אחשבי׳ יהיה מותר באכילה כיון דלא נקרא אוכל · לכן הוכיח הרא״ש מזה מדקאמר רק שמותר בהנאה ולא באכילה דאין מותר בחרכה רק אם חרכה באופן זה שאין ראוי לאכילה כלל ולא נשאר עליו שום חשיבות אוכל · אבל באכילה אסורה כיון דאחשיבי׳ · אף שהרא״ש הי׳ ליה להוכיח ממקומות אחרים זאת כמו שכתבתי · מ״מ כיון דממקומו הוא מוכרע זאת לכן לא הביא הרא״ש ראי׳ ממקומות אחרים · זה תוכן כוונתו של המג״א דאם לא תאמר כן איסתרא דברי המג״א שבס״ק י״ד לדברי המג״א שם שבס״ק ע״ו עיין שם והו״ק · וכיון שבארתי דאם חרכה החמץ קודם זמנו אסור באכילה · דאחשבי׳ באכילתה והכי נקטינן · וסתירת דברי המג״א שנראה לכאורה ישבתי · וכיון שכן · אמרינן נמי דאף בבב״ח קיימא לן שאסור באכילה אף אם אוכל שלא כדרך הנאתן · זהו רק היכי דאחשבי׳ · דכיון שאכל אחשבי׳ לאוכל · לכן הוא אסור · כדאמרינן גבי חמץ · אבל היכי דלא אחשבי׳ שלא ידע שיש בהמאכל מעורב בשר וחלב ואכל ולא הרגיש בטעם בב״ח · דלא אחשבי׳ ולאו איסורא קאכיל · כמו דאמרינן גבי דיו · אע״פ שנותן קולמוסו לתוך פיו · כיון שנותן שלא בכוונה ליכא קפידא · ודוקא לאוכלו בכוונה אסור דאחשבי׳ לאכילה :

פרח יא אות ג

ונלענ״ד להביא ראי׳ מדברי הרשב״א והר״ן שמה שלוקין על בשר בחלב וכלאי הכרם שלא כדרך הנאתן הוא דייקא היכא דאחשבי׳ · ומתחלה נעתיק מדברי הרשב״א בת״ה הארוך (דק״ע א׳) ואביא ראי׳ מני׳ וז״ל שם · פגם זה שאמרו לא שפוגם לגמרי עד שאינו נאכל מחמת פגם זה אלא אפילו פוגם קצת · שהרי קדירה שאינה בת יומא אינה פוגמת אלא מעט ואפילו הכי אמרו דקדירה שאינה בת יומא אינה אוסרת · ואם תאמר והלא נותן טעם לפגם מנבילה גמרינן לה · והתם נבילה הראויה לאכילת אדם שמה נבילה · לא קשיא דהתם היינו להתירה בפני עצמה · והלכך עד דמיפגמה לגמרי מאכילה אוסרה · אבל איסור תערובות שהולכין בו אחר נתינת טעמו · כיון שנותן טעם לפגם כל שהוא בתערובתו מותר · לפי שאינו נותן טעם ואדרבה פוגם עכ״ל · וראיתי להפרי מגדים סימן ק״ג במשבצות סק״א שפירש לדברי הרשב״א אלו באופן א׳ · דמנבילה גמרינן נט״ל לאיסור בעין אף שהיה מושבח מעיקרא כל שאינו ראוייה אח״כ למאכל אדם כלל פקע איסורא · וע״י תערובות בהיתר שרי זה מן הסברא · ואנכי איני מבין את דבריו דאיך נוכל לומר דנט״ל מותר מצד הסברא הוא · הא בגמ׳ ע״א מוכח דלמדו דנט״ל מותר מנבילה · גם פירש השני שלו אינו מובן לי · כיון דגמרינן מנבילה ומנבילה אינו מוכח שמותר רק היכא דאינה ראויה לאדם · והאיך נוכל לילף מנבילה שנותן טעם לפגם מותר אף היכא דלא נפגם אלא קצת · אף שראוי׳ למאכל אדם עיי״ש בדבריו כי קצרתי · גם התירוץ שמתרץ על הקושי׳ שלו בהקשה · שהרשב״א בחידושיו כתב דמטעם זה דמין בשאינו מינו לא בטיל וצריך ששים · כיון דניכר בטעמו הוה כהוכר האיסור · א״כ לפי זה קשה דהא בעינן עכ״פ היכא דנט״ל רוב היתר דיהי׳ בטל ברוב · הא ניכר בטעמו ולמה בטל ברוב · ותירץ ע״ז דכל שאינו טועם טעם מושבח לאו הכרה הוא וברוב בעלמא בטילה · גם זאת אינו מובן לי כיון דנט״ל שלא ע״י תערובות אסור מן התורה · כמבואר במשמרת הבית שם בארוך · וכיון דניכר בטעמא שיש בתערובות הזה טעם דאסור מן התורה · א״כ איך יבוטל ברוב · מה בכך שנותן טעם לפגם · כיון דניכר הטעם שאסור מן התורה · ונראה לפי עניות דעתו לפרש דברי הרשב״א · שאכתוב אי״ה בתשובה על דבר אתרוג המורכב והיא כתובה בכפתור שני · דמבואר בטור ס׳ ק״ט ובב״י שם בשם בעל התרומות והר״ן דאם נתערב מין בשאינו מינו יבש באופן שאינו יכול להכירו כגון שנפרד לחתיכות דקות מצד דין תורה בטיל חד בתרי · רק מדרבנן צריך ששים דלמא יבשל בהדדי ואתי לידי טעמא · שיהיה ניכר טעם האיסור בתוך ההיתר · וכן מבואר ברמ״א סימן זה סעיף א׳ ועיין שם בט״ז ובש״ך · אלמא מצד דין אף מין בשאינו מינו בטל חד בתרי. הלא דבלח מבש״מ לא בטל חד בתרי · כיון שניכר טעם האיסור · והוה כהוכר האיסור כמ״ש הרשב״א הנ״ל · ומשום הכי אסור · וכן הדין יבש ביבש אם אוכל כל תערובות ביחד ומכיר טעם האיסור הוה דאורייתא לכו״ע · וראיה ברורה (מזבחים דף ע״ח) דקאמר התם הפיגול והנותר והטמא שבללן זה בזה ואכלן דפטור · ומקשי שם הגמרא ס״מ נותן טעם ברוב לאו דאורייתא · ומשני מין במינו ברובא · ומין בש״מ בטעמא · וזאת הראיה הביא הה״ד עי״ש אות ה׳ · וגם הביא ראיה מג׳ (מנחות דף כ״ה) · ומכל זה מוכח דמבש״מ בטיל חד בתרי כל זמן שלא מרגיש טעם האיסור · אבל אם מרגיש טעם האיסור · לא נתבטל חד בתרי הן בלח הן ביבש · אף דבאמת בטיל הוא מן התורה · בכל זאת כיון שמרגיש טעם האיסור אסור · כיון שטועם טעמא דאיסורא הוה כהוכר האיסור · ומשו״ה בנט״ל דכיון דהבלוע בקדירה בעצמו אסור מן התורה לפי דעת הרשב״א דראוייה לאכילת אדם · ומשו״ה בעינן רוב לבטל · וברובא בטיל אף שהוכר שיש בה טעם פגום קצת שאסור מן התורה בלי תערובות · אעפ״כ לא הוה כהוכר האיסור · דבוודאי אין אדם מערב הטעם פגום בתוך הרוב היתר שיש בו טעם מושבח דיתקלקל ההיתר · וכיון דאין אדם מערב אותה · מיקרי אינה ראויה לאדם שתאסר את ההיתר בנתינת טעם הפגום · אף שאינה רק קצת פגום · ולכן אמרינן שפקע איסורי׳ מהנותן ט״ל שיאסור אחרים בתערובותו אף שבעצמו אסור · והמשך דברי הרשב״א בתורת הבית הארוך הוא כך · פגם זה וכו׳ וא״ת הלא נותן ט״ל מנבילה גמרינן לה וסתם נבילה הראוייה לנפש אדם שמה נבילה [פירוש והנותן ט״ל בפני עצמה בוודאי אדם אוכלה דאינה נפסלת מאכילת אדם] וא״כ אומר הרשב״א דלא קשיא דהתם היינו להתירה בפני עצמה · והלכך עד דמיפגמה לגמרי מאכילת אדם אוסרה [פירוש וגם נט״ל כשהוא בלא תערובות ג״כ אסורה] וא״כ אומר הרשב״א אבל איסור תערובות שהולכין בו אחר נתינת טעמו [פירוש דאם נתערב נט״ל בתוך תבשיל מושבח] וא״כ אומר הרשב״א כיון שנותן ט״ל כל שהוא בתערובתו מותר לפי שאינו נותן טעם דאדרבא פוגם [פירוש כיון דאדרבא פוגם בוודאי אין האדם מערב בתבשיל מושבח והוה אינה ראויה לאכילה לכן מותר] וכעין סברא זו דמשום הסברא דאין אדם מערב אותה שמקלקל את התבשיל המושבח כתב הר״ן פרק השוכר את הפועל ואביא אי״ה לקמן · ובזה יתבאר בדברי הרא״ש פרק השוכר את הפועל שאביא אי״ה לקמן ג״כ : ומשו״ה בעינן עכ״פ רוב לבטל הנתינת ט״ל כיון דבלא תערובות אסור מן התורה לדעתו · וכשיש רוב בטל אף שניכר שיש בהיתר נתינת טעם לפגם מן האיסור · בכל זאת לא הוה כהוכר האיסור · כיון שהנתינת טעם לפגם ע״י תערובות מותר מן התורה דאין אדם מערב אותה · שמקלקל ע״י זה הטעם המשובח של היתר · אבל כשיש נ״ט משובח של איסור · לא נוכל לומר דיבטל ברוב כיון דהנתינת טעם המשובח אין בו

שום קלקול · שיתכן לומר שיפקע שם איסור מיני' · לכן הוה כהוכר האיסור ולא בטל ברוב :

ובזה ניחא מה שכתב בתורת הבית הארוך שם וז"ל ודוקא כשנתערב איסור מועט לתוך היתר מרובה אבל איסור מרובה לתוך היתר מועט ואפילו מאה על מאה · מסתברא שאין אומר בזה נט"ל מותר · עד שיפגם לגמרי כנבילה עד לאכילת אדם עכ"ל · הנה מה שבטל ברובא כבר בארתי · אבל רובא לפי הנראה ודאי בעינן כיון דראוי לאכילת אדם ואסור מן התורה · לכה"פ בעינן רוב לבטל · וצריכין להבין מה שכת' הרשב"א מסתברא וכו' דמשמע דיש סברא שיבטל במאה על מאה · לכאורה צריכין להבין הא קיי"ל בכל איסורין שבתורה צריכין רוב לבטל ולא סגי במאה ע"מ · והאיך עלה על דעת הרשב"א דסגיא במאה על מאה · ונראה לי דכוונת הרשב"א הוא כך · כיון דנתינת ט"ל קיל איסורו משארי טעמים מושבחים האסורים והוא אמינא כי אסרה התורה נתינת טעם לפגם · היינו דוקא כשהוא בעינא · אבל ע"י תערובות לא אסרה תורה · ומצינו זאת הסברה בכמה מקומות : ובמאה ע"מ ג"כ מיקרי תערובות · דלא כדעת הח"י בא"ח סימן תנ"ג על מה שכתב שם רמ"א בסעיף ה' דהיכי דנפלו אורז או שאר מיני קטניות לתוך התבשיל בפסח אינו אוסר · וכתב ע"ז החק יעקב דמשמע דאפילו ליכא ס' מותר וכו' ועכ"פ רוב בעינן דאל"כ לא מיקרי תערובות כלל · דהוה כאוכל התבשיל מקטניות עצמו ע"כ · דהא איתא בבכורות דף כ"ג ע"ב אבע"א טומאת ע"ה דרבנן וטומאת משקין דרבנן · ברובא גזרו בה רבנן בפלגא ופלגא לא גזרו בה רבנן עכ"ל · אלמא דמאה על מאה מיקרי ג"כ תערובות · דאי במע"מ הוה כמו שהוא בעין למה לא גזרו רבנן · וה"נ הו"א דהיכא שיש מאה היתר כנגד הנתינת ט"ל של איסור כיון שמיקרי תערובות לא אסרה תורה · לכן כתב הרשב"א מסתברא דלא סגיא במע"מ · כיון דהנתינת טעם לפגם אסור מן התורה · בעינן רוב היתר לבטל את האיסור · ומסוגיא דבכורות הנ"ל יצא לנו שני דינים · אחד שלא כדעת הח"י דבטל הקטניות או האורז במע"מ · כיון דאינו אסור רק מצד המנהג בוודאי קיל איסורא מאיסור שהוא אסור מצד תרתי דרבנן · שנית דחמץ נוקשה מתחילת שעה ששית עד סוף שעה ששית בטל במאה על מאה · כיון שהוא תרתי דרבנן :

ובזה שכתבתי שפקע איסורא מנתינת טעם לפגם · שלא יאסר את ההיתר בתערובתו ע"י נתינת טעמו כשיש רוב בהיתר לבטלו · יובן דברי הרא"ש פרק בתרא דע"א ס"ו וז"ל · י"א דכל איסורין שהן במשהו לא אמר בהן דנט"ל מותר · דהא אין לך ביטול טעם יותר ממשהו באלף ואפ"ה אסרו רחמנא וה"ה נמי נט"ל וכו' · ולא נהירא דנהי דהחמירה בהן התורה לאוסרן במשהו · מ"מ יש שם איסור עליהן · אבל כשהוא פגום פקע איסורו · כדילפינן מנבילה עכ"ל · ולכאורה אינם מובנים דברי הרא"ש מאוד · איך כתב דנט"ל הפקע איסורו מקרי · הא מוכח בכמה מקומות בגמרא שהנתינת טעם פגום אסור מן התורה · עיין במשמרת הבית שם שהביא הבילות ראיות לזה · ומש"ס ומראשונים שסוברים כן · לבד הרא"ה בבדק הבית שם וגם הרא"ה בעצמו כתב שם שיש איזה נט"ל שראוי' לאדם · ובודאי בזה נט"ל לא פקע איסורא ואיך כלל הרא"ש בכל נתינת ט"ל פקע איסורא · ועיין בספר מנחת כהן בספר התערובות ס"פ השיעי שכתב לתרץ קושיות הרא"ש באופן זה · והוא כתב בדקך תידון ואני אומר אם בדבריו תימא על הרא"ש איך כתב דברים אלו · אך לפי מה שכתבתי דברי הרא"ש מבוררים היטב בטוב טעם · דאף דהנתינה ט"ל בעצמו אסור מן התורה · וכדמוכח בש"ס בכמה מקומות וגם בדברי הראשונים · מ"מ את הנתינת טעם הפגום נתערב בהיתר מותר כשיש רוב לבטל · אף שהוכר טעם האיסור לא הוה כהוכר האיסור · דפקע איסורי' שיאסור בטעמו כשיש רוב היתר דאינו ראוי' למאכל אדם · דאין אדם מערב דבר הנותן טעם פגום בהיתר המושבח שיקלקל אותו · ולכן מיקרי שפיר פקע איסורו שיאסור ע"י נ"ט שיהי' צריך ששים · ודמי קצת לגיד הנשה שמן התורה בטל ברוב ואין נתינת טעמו אוסר · אף שמבואר בטור יור"ד סימן ק' שצריך בגיד הנשה ס' וכתב שם הב"י שגם הרשב"א סובר כן · אך הרשב"א לא כתב כן רק מצד הספק · עיין בספר מ"כ בפרק שירי שם שהביא את לשון הרשב"א · ולכן כתב הרא"ש אף שחמץ בפסח אוסר במשהו. משום דלא פקע איסורו כלל דכשאין ס' בהיתר כנגד החמץ אוסר הנתינת טעם חמץ מן התורה. כיון שיש בו טעם מושבח · לכן לא פקע איסורו מנתינת טעם משהו של חמץ · ומשום זה החמירו חכמים שיאסור במשהו · אבל בנותן טעם לפגם שנתינת טעמו אינו אוסר עד ס' ופקע איסורו · לכן אינו אוסר כלל כיון דפקע איסורו בזה · ואף שהרשב"א מן האוסרין נתינת ט"ל בפסח · עיין בב"י סימן תמ"ז · ואנכי כתבתי שגם הוא סובר שנתינת טעם מיקרי פקע איסורו · שיאסור ע"י נתינת טעמו · מ"מ סובר הרשב"א דנט"ל אסור בפסח כיון דחזינן דהחמירו חכמים לאסור במשהו · ושיעור משהו אינו נותן טעם כלל : ואפילו הכי אסרוהו ה"ה נט"ל :

ובזה יתיישב מה שהשיג הר"ן פרק השוכר את הפועל במשנה זה הכלל כל שבהנאתו בנותן טעם כו' על הרשב"א שהתיר בתורת הבית הארוך כל שההיתר מרובה מן האיסור וקא יהיב טעמא לפגם · דאי משום ממשו · דאורייתא ברובא בטיל · ואי משום טעמא אין כאן נותן טעם כיון שהוא פוגם וכתב הר"ן ע"ז שאין דעתו נוחה בהיתר זה · כיון שהוא משביח יותר בגודל מדתו ממה שהוא פוגם בהפסד טעמו · ואסור עד שיפסול מלאכול לאדם כנבילה · וכי אמרינן דפגם כל שהוא סגיא היינו כשפוסל יותר בקלקול טעמו ממה שמשביח בגודל מדתו ע"כ · ולפענ"ד נראה לתרץ דברי הרשב"א כיון דכתבתי דנתינת ט"ל פקע איסורא שלא יאסור בנתינת טעמו עד ס' רק הוא בטל ברוב מפני שאין אדם מערב הנט"ל בתבשיל מושבח · משום שמקלקל את הטעם המושבח לכן מיקרי הנתינת טעם לפגם אינו ראויה לאכילת אדם · גם אם השביח הנתינת טעם לפגם שיוגדל מדתו של הטעם המושבח גם כן אין אדם מערב אותה שיקלקל טעם המושבח · ע"כ מיקרי אינו ראויה לאכילה ובטל ברוב · וכיון שישבתי קושיות הר"ן על הרשב"א · וגם בארתי שגם הרא"ש סובר כדעת הרשב"א שנתינת טעם לפגם מיקרי פקע איסורא · ובודאי בטל ברוב בעלמא אף אם השביח מדתו של היתר מחמת הנתינת טעם לפגם של האיסור · הגע עצמך דהא יבש ביבש דבטל ברוב ג"כ משביח את ההיתר בגודל מדתו מחמת האיסור שנתערב · ואפילו הכי בטל ברוב דלא הוה כהוכר האיסור · ה"נ לא גרע כיון דהנתינת טעם לפגם פקע איסורא · ומשום נתינת טעמו לא מיקרי הוכר האיסור · בוודאי ג"כ בטל ברוב · דהא הטעם דבעינן ששים בלא רק משום דהוה כהוכר האיסור שנרגש בטעמו · כדכתב הרשב"א והבאתיו לעיל · וכיון שדעת הרא"ש ג"כ כדעת הרשב"א ובארתי את דבריהם בטוב טעם שלא יהיה קשה מה שהקשו עליהם · וגם הר"ן רק ספוקי מספקי ליה עי"ש ובי"ד (סימן ק"ג ס"ב) · לכן נראה לפענ"ד שיש להתיר בהפסד מרובה ואף אם השביח מדתו של היתר ע"י נתינת טעם לפגם · היוצא מדברינו שהנתינת ט"ל שנתערב בהיתר הוה אינה ראויה לאכילת אדם · ודומה לנבילה שמותר דלא מיקרי נבילה באופן זה · וכיון שכן לתאן דאמר אפשר לסוחטו מותר אם נבלע חלב בחתיכת בשר ונתן בה טעם ואח"כ נסחט ממנו הטעם חלב בודאי מותר כדאיתא בחולין (דף ק"ח ע"א) ד"ה אם נפגם טעמו של החלב הנבלע בבשר ג"כ מותר והוה כמו שסחטו · דכיון דנפגם הטעם של החלב הוה אינו ראויה לאכילת אדם כשהוא מובלע בחתיכת בשר דמקלקל טעם הבשר · וניתרת החתיכה של בשר למ"ד אפשר לסוחטו מותר · וכי תימא דהא איתא בע"א (דף ס"ז ע"א) אמר רב יהודה א"ש לא שנו אלא שנפל לתוך גריסין רותחין אבל לתוך גריסין צוננין והרתיחן נעשה כמו שהשביח ולבסוף פגום ואסור וכו' עכ"ל הגמרא · וכן פסקו בש"ע (סימן ק"ג ס"ב) · וה"נ כיון דבשעה שנתן החלב טעם בבשר היה טעם

מושבח · מה שכן אם נפגם אחר זה ואסור אפילו למ"ד אפשר לסוחטו מותר · וגם שמואל בעצמו סובר בחולין שם אפשר לסוחטו מותר ואפילו הכי סובר דהשביח ולבסוף פגום אסור · אך לפי ענד"ג ברור שלמ"ד אפשר לסוחטו מותר · גם השביח ולבסוף פגום מותר · דהא הרא"ה בבדק הבית שם כתב וז"ל כללא דמילתא כל היכא דשרינן נט"ל לא שניא אלא בחדא מתרתי כו' או שהאיסור בהיתר טעמו ולא ממשו והוי דרבנן · ובהא בפגום כל דהוא שרינן · והיינו דאמרינן בגמרא דלא שרינן באיסור פוגם בהערובהו בהיתר אלא בפוגם מתחלתו · כגון חומץ אסור לתוך גריסין רותחין · אבל חומץ לתוך גריסין צוננין דמשביח והרתיחן דהשתא פוגם אסור כיון שמשביח איסור זה בהיתר זה ונאסר ההיתר אעפ"י שחוזר ונפגם אסור · ובמאי אילימא בנפגם כולו בכדי אכילת אדם ומי עדיף האי היתר כי איתסר ליה מדברים האסורים מעיקרן דשרו כשנפגמו · אלא ודאי בפגם מועט · וכשפוגם מתחילתו מותר משום דטעמו ולא ממשו דרבנן · והקילו ביה להתירו בפגם מועט · אבל השביח מתחלה ונאסר הכל לא שרינן ליה בפגם מועט · ומסתברא דאית ליה לשמואל חתיכה עצמה נעשה נבילה בכולהו איסורין · לבד מבשר בחלב · דאית ליה ביה אפשר לסוחטו מותר · ולהכי אמרינן בהא דכיון דאיתסר איתסר עכ"ל · הרי כתב הרא"ה בפירוש דשמואל דסובר דהשביח ולבסוף פגום אסור · ס"ל דבשאר איסורין לבד בבשר בחלב חנ"נ · וכיון דאיתסר איתסר · ולפ"ז אם נבלע חלב בחתיכת בשר ונפגם אחר שנבלע בהחתיכה של בשר · שבזה ס"ל לשמואל ושאר אמוראים אפשר לסוחטו מותר · גם בזה מותר · דלא שייך בב"ח לומר כיון דאיתסר איתסר · כיון דאפשר לסוחטו מותר · מעולם לא נאסר החתיכה רק בעת שמובלע בה טעם החלב · ואף שהרשב"א במשמרת הבית השיב על תחילת דבריו · אבל על סוף דבריו דכתב דשמואל מחלק בין בב"ח לשאר איסורין · על זה לא השיב שם עליו כלום · ומשמע שדעתו ג"כ כדעת הרא"ה בזה · עיין במשמרת הבית ותמצא כדברי · שלהשפ"ת מודה שמואל שבשאר איסורין אפשר לסוחטו אסור · לכן הניח הדברים כמ"ש הרא"ה · וגם כלפענ"ד שאין מי שחולק ע"ז · דהא צריכין להבין הטעם מפני מה השביח ולבסוף פגום אסור · כי מאי נפקא מינה שהשביח מעיקרא כיון שנפגם עכשיו · ורש"י ותוס' לא פירשו במקומם כלום · אך לקמן שם (בדף ס"ח ע"א) פירשו התוס' בד"ה אמר עולא כתבו וז"ל כיון שהשביח מעיקרא בשעת נפילה וחל איסור עליו שוב אין לו היתר גם כי פגם אחרי כן כו' עכ"ל · וטעם אחר לא מצאתי בדברי הראשונים לבד זה · ואי אמרינן אפשר לסוחטו מותר אף בשאר איסורין מעולם לא חל איסור עליו ויש היתר לאיסורו · דהא אם נסחט הטעם מותר הוא הדין אם נפגם טעמו עכשיו ג"כ מותר · דהא יש היתר לחתיכה זו אם נסחט האיסור · שאין שום חילוק ביניהם · אלא ודאי דמאן דאמר השביח ולבסוף פגום אסור סובר דאפשר לסוחטו אסור · לכן חל שם איסור עליו וכיון שחל שוב אין לו היתר · וגם צריכין לומר שהתוס' ג"כ מחלקין אליבא דשמואל בין בב"ח לשאר איסורין באפשר לסוחטו כדעת הרא"ה · דהא התוס' כתבו בחולין (דף ק"ח ע"א) דשמואל דסובר אפשר לסוחטו מותר · סובר דגם החתיכה עצמה שבלע חלב מקודם ג"כ חוזרת להיות מותר · וכן כתבו (בדף ק') בד"ה בשקדם ושלקו · וכיון דסובר שמואל דהחתיכה עצמה ג"כ מותר · לכאורה לא ס"ל הטעם כיון שנאסרה אינו חוזרת להיות היתר · אם כן איך קאמר שמואל השביח ולבסוף פגום אסור · אלא ודאי דגם התוס' מחלקים בין בב"ח לשאר איסורין כדעת הרא"ה · דעל כל פנים בשאר איסורן מודה שמואל דאפשר לסוחטו אסור · כיון שנאסרה אינה חוזרות להיות היתר ובשר בחלב שאני · וכי תימא דהטעם דהשביח ולבסוף פגום אסור · הוא משום דכיון דהנתינת ט"ל בעצמה היה מקודם אסורה לכן אינה הותרה הנתינת טעם עד שיופסל מאכילת אדם · מה שאין כן כשפוגם מעיקרא ולא השביח מתחילה לא חל שם איסור על הנתינת טעם בעצמו · לכן אף כשראויה לאכילת אדם מותר · ודומה לזה מצינו נ"ט בר נ"ט דהיתרא מותר · דאין בכח לחול עליו שום איסור דקליש טעמו · אבל נ"ט בר נ"ט דאיסורא כיון דבא מכח איסורא אסור · וה"נ כאן בהשביח ולבסוף פגום כיון דכבר נאסר לא פקע איסורא עד שיפסל מאכילת אדם · ואין אנו צריכין להטעם דחל שם איסור על החתיכה · ואפשר לסוחטו יכול להיות דמותר · אבל זה אינו דהא כלי שאינו ב"י מותר מן התורה אף שהטעם ראויה לאכילת אדם כדכתב הרשב"א בתו"ה הארוך והבאתיו לעיל · וגם בעת שקיבל הכלי הטעם היה טעם מושבח וחל עליו שם איסור בעת שהיה מושבח בודאי · ואפילו הכי מותר מן התורה כשאינה בן יומא · רק מדרבנן אסרוהו · דגזרו אב"י אטו בן יומא עיין בתוס' יו"ט פ"ה דע"א משנה ב' מה שהשיג על הר"ע מברטנורה והובא בגליון רש"א סימן ק"ג · אלא ודאי הטעם מה שאסור השביח ולבסוף פגום · הוא רק משום שחל שם איסור על החתיכה · ושוב אין לה היתר אף אם נפגם אח"כ · וזה לא שייך רק אי אמרינן אפשר לסוחטו אסור · אבל אי אמרינן אפשר לסוחטו מותר לא חל שם איסור על החתיכה · וגם אפילו אם אמרינן אפשר לסוחטו אסור נראה לי דהשביח ולבסוף פגום אינו אסור רק מדרבנן · אף דלסברא זו חל שם איסור על החתיכה · וכן נראה לי שכל החילוקים שחלקו הפוסקים בין הדבר הפוגם בעין · ובין אם היה בעין היה בו טעם מושבח רק שע"י התערובות נט"ל · הוא רק מדרבנן · וכן מה שכתבו התוס' (בחולין דף ח' ע"ב) ד"ה השוחט שבדבר הפוגם בעין התירו במשנה בע"א · ודבר שהפגם הוא מחמת שאינו ב"י · ואם היה האיסור בעינא היה נותן טעם לשבח אסרו שם במשנה · נראה לי שגם בזה אינו אסור רק מדרבנן במשנה שם בע"ז :

ובזה יתורץ מה שהקשה הבעל כו"פ על דברי התוס' האלו שכתבו שם על הא דאמר רב גבי השוחט בסכין של עכו"ם קולף כתבו צריך להעמיד ביודעין בה שהיא בת יומא · דאי לאו הכי אמאי קולף לרב הא סתם כלים ש"ע אב"י · וגבי עכברא בשיכרא בפ' בתרא דעכו"ם מסופק ליה לגמרא אם סבר רב נט"ל מותר או אסור וכו' · אלא היינו טעמא דבשם אפילו שמנונית בעין נותן טעם בדבש לפגם · אבל השמן אין הפוגם אלא משום שאינו בן יומא עכ"ל · והקשה הכו"פ (סק"ג סק"ה) ע"ז דהא דברי התוס' סותרים דברי עצמו · דלפי מה שכתבו יש חילוק בין דבר הפוגם בעין דמותר · ובין דבר שהפגם בא רק ע"י נתינת טעם דאסור · האיך מוכיחין התוס' דמיירי שיודעין שהסכין הוא ב"י · דאל"כ אמאי קולף לרב דהא גבי עכברא בשיכרא ספוקי מספקא לגמרא אי רב סובר נט"ל אסור או לא · דהא עכברא בשיכרא הפוגם הוא בעין משו"ה מספקי להגמרא אם סובר רב נט"ל כעין פגם זה דעכברא בשיכרא אי מותר או אסור · אבל בסכין שאינו בן יומא יכול להיות נט"ל דאסור כיון דהפגם בא מחמת שאינו ב"י · ויכול להיות דאף אם יודעים שאב"י אפי"ה ס"ל לרב דצריך לקלוף משום דהפגם בא רק ע"י נ"ט · ובמה שכתבתי ניחא דהתוס' כתבו בע"א (דף ל"ח ע"ב) ד"ה אי וכו' וכן פוסקים רש"י ור"ת והר"י דסתם כליהם פירוש של עכו"ם אב"י · והיינו טעמו לפי שהוא ס"ס ספק נשתמשו בו היום או אתמול ואפילו נשתמשו בו היום שמא נשתמשו בו דבר שהוא פוגם בעין או דבר שאינו נותן טעם עכ"ל · וכן מבואר בשו"ע יו"ד (סימן קכ"ב) עיין שם בש"ך סק"ד · וגם לפי מה שבארתי בכל החילוקים בנט"ל הוא רק מדרבנן · לפי זה מה שחילקו התוס' שדבר הפוגם בעין הוא מותר · ובדבר שהפגם הוא רק מחמת שאב"י אסור · הוא רק מדרבנן · אבל מן התורה אין חילוק בין דבר הפוגם בעין לדבר הפוגם מחמת שאינו בן יומא ומותר · דאין סברא לחלק מן התורה חילוקים בנ"ט לפגם · ויש ראיה לזה (מע"א דף ס"ז ע"ב) דאיתא התם ותניא אחד נותן ט"ל ואחד נותן טעם לשבח אסור דברי ר"מ וכו' ור"ש מאי טעמא דתניא לא תאכלו כל נבילה לגר אשר בשעריך כל הראויה לאכילה קרויה נבילה · שאין ראויה לאכילה אינה קרויה נבילה · ור"מ ההיא למעוטי

סרוחה

סרוכה מעיקרא. ופירש"י ע"ז. סרוכה מעיקרא מוכח שאין מחיים דהואיל ואפגמה מקודם שבא לידי נבילה לא חל שם נבילה עליה. אבל הכא דאיתסר מעיקרא הו לא פקע איסור משום פגם. ואי אמרינן דדבר שהוא פוגם בעין מותר אף מדרבנן ודבר שהפגם מחמת שאב"י יכול להיות דאסור מדאורייתא מאי פריך הגמרא ור' מאיר הא לא הוי שום קושיא לר"מ. דר' מאיר איירי בהפגם שאב"י. כדאיתא התם מאי טעמא דר' מאיר גמר מגיעולי עכו"ם. גיעולי עכו"ם לאו נותן ט"ל הוא ואסר רחמנא הכא נמי לא שנא וכו'. ואם איתא דיש חילוק בין הדבר הפוגם בעין שהוא מותר. ובין הדבר שהפגם מחמת אינה ב"י דאסור. א"כ ליכא למיליף לר"מ מגיעולי עכו"ם דדבר הפוגם בעין הוא ג"כ אסור. דנוכל לומר דמה שמוכח מגיעולי מדין דאסור נט"ל היינו דוקא כמו התם דהפגם הוא משום שאינה ב"י. אבל דבר הפוגם בעין מותר. וכיון דלמד ר"מ מגיעולי מדין דאסור נט"ל היינו דוקא רק היכא דהפגם אינה בן יומא. אבל דבר הפוגם בעין ס"ל ג"כ דמותר כיון דאין לו לימוד על זה. מאי פריך הגמרא ור"מ דקשיא עליו האיך ס"ל דנותן ט"ל אסור. הלא מנבילה מוכח דמותר. הא בנבילה הוא דבר הפוגם בעין משום הכי מותר. אבל ר"מ דאוסר איירי שהפגם שאינה ב"י. וגם למאי דמשני הגמרא למעוטי סרוכה מעיקרא. וכדפירש"י שלא חל עליה שם נבילה אבל אם חל עליה שם נבילה אסור אף שהוא דבר שהוא פוגם בעין כיון דאינה ראויה לאדם. הא ר"מ לא ס"ל דאסור רק בדבר שהוא פגום מחמת שאב"י דיש ע"ז לימוד מן התורה. אבל בדבר שהוא פוגם בעין סבירה ליה דמותר. כיון דאין ליה לימוד ע"ז. אלא ודאי דמן התורה אין חילוק בין דבר שהוא פוגם בעין בין דבר שהפגם אינה בן יומא. וכיון שמוכח מנבילה דדבר הפוגם בעין מותר. ה"ה דמותר בדבר שהפגם מחמת אב"י. ולהכי פריך הגמרא ור' מאיר כיון דגמרינן מנבילה דדבר שהוא פוגם בעין מותר. ה"ה בדבר שהוא נפגם מחמת אינה בן יומא ג"כ מותר. והאיך ס"ל לר' מאיר דאסיר בדבר שהוא פוגם מחמת שאב"י. ומשני הגמרא ההוא למעוטי סרוכה מעיקרא וכדפירש רש"י שם שלא חל עליו שם נבילה וכו'. אבל היכא דחל שם נבילה אסור אף שהוא פוגם בעין דאינה ראויה לאכילת אדם. ומשום זה לא קשיא לר' מאיר דאסור בהפגם מחמת שאינה ב"י. וכיון דהוכחתי מהגמרא דמן התורה אין חילוק בין הדבר שהוא פוגם בעין. ובין הדבר שהפגם מחמת שאינה ב"י. ודיניהם שוה ומה שמחלקינן בין דבר הפוגם בעין לדבר הפוגם מחמת אינה ב"י רק מדרבנן חילקו זאת. לפי זה אתי שפיר דברי התוס'. אך נקדים מה שהביא הש"ך ביו"ד (בסימן ס"ו ס"ק י'). וכהאי גוונא כתב הסמ"ק סימן ר"ה ומביאו ב"י סימן פ"ג. וכן כתב האו"ה כלל י"ג והרב בת"ח כלל ב' סוף דין ג' דליר דגים היכא שיש שמנונית אסור מן התורה. ודגים מלוחים כמו הערינג מותרים מטעם ס"ס. ספק אם נמלחו עם דגים טמאים או לא. ואת"ל נמלחו שמא לא היה בהם שומן. ואז לירם אינה אסור כי אם מדרבנן עכ"ל יפירש והוי ליה ספיקא דרבנן לקולא עיין שם בש"ך. וכיון שכן ניחא מה שכתבו התוס' דכיון דגבי עכברא בשיכרא מספקא ליה להגמרא אי סבר רב נותן ט"ל מותר או אסור. אמאי מספקא ליה להגמרא הא בוודאי רב סובר נט"ל אסור. דאי סבירא ליה דמותר. אף דהוי רק בדבר שהוא פוגם בעין. מ"מ בודאי נתיר בשהם כלים של עכו"ם. דהא שהם כלים ש"ע יש ספק ספיקא. ספק שמא נשתמש בדבר שהוא פוגם בעין ומותר אף מדרבנן. וגם אם נשתמש בדבר שיש בו טעם מושבח שמא לא נשתמשו היום אלא אתמול. וא"כ אינה אסורה רק מדרבנן והוי ספיקא דרבנן לקולא. לפי מה שכתבנו דאם מתירין בדבר הפוגם בעין. בודאי מותר מן התורה אף בדבר שהפגם מחמת אינה בן יומא. א"כ אמאי סובר רב דאם שהה בסכין של עכו"ם קולף. הא לא צריך לקלוף. ומשום זה כתבו התוס' דצריך להעמיד ויודעין שהיא בה

יומא. והשתא לא סתרי דברי התוס' אהדדי דכתבו ד"ה ראיה דסתם כלים של עכו"ם אב"י. ושמן של עכו"ם דתנן בפרק אין מעמידין דאסור משום דקסברי נט"ל אסור. וטעם לפגם דקאמר משום דאינן בן יומן. ובדבש של עכו"ם מתיר התם במתניתין משום דהוי דבר הפוגם בעין. אינה קשה כיון דמתירין בדבר שהוא פוגם בעין. אמאי אסרו גבי שמן הא הוי ספק ספיקא. ספק דלמא נשתמש בדבר הפוגם בעין ומותר אף מדרבנן. ואם תמצא לומר שנשתמש דבר שיש בו טעם מושבח. שמא לא נשתמשו בה היום אלא אתמול ואינה אסור רק מדרבנן. והוי ספיקא דרבנן לקולא. דזה לא נוכל לומר דכיון דהוכיחו התוס' דבשמן שמנונית אינה פוגם בעין. לפ"ז אסור שמן של עכו"ם. דליכא ס"ס. ולפי דעת מהרי"ו ושאר פוסקים הנ"ל צריכים לומר דאין לנו שום ספק גבי שמן. שמא נשתמש בדבר הפוגם בעין. דאם לא תאמר כן יש ס"ס כנ"ל. ואמאי אסור שמן של עכו"ם. אלא ודאי דלהך פוסקים אין שום ספק גבי שמן שמא נשתמש בדבר שהוא פוגם. דלגבי שמן אי הוי בעין הוי בודאי טעם מושבח. ולכן אסור התם במתניתין שמן של עכו"ם. וכי תימא כיון דלגבי שמן ליכא ספק ספיקא שמא נשתמש בדבר שהוא פוגם בעין למה אמרינן שהם כלים של עכו"ם אינן בן יומן אף גבי שמן. דאמרינן התם דרבותינו נמנו והתירוהו דנותן טעם לפגם מותר. לכן אף שמן ש"מ מותר. אמאי מותר שמן של עכו"ם הא ליכא ספק ספיקא. דנוכל לומר דיש לנו ספק ספיקא אחרת. ספק שמא לא נשתמש היום ואם ת"ל נשתמש היום שמא נשתמש בדבר שאינה נותן טעם כדכתבו התוספות ושאר פוסקים שהבאתי לעיל *):

ולפי זה דמה שמחלקין בדבר הנותן טעם לפגם שזה אסור וזה מותר הוא רק מדרבנן לכן למאן דאמר אפשר לסוחטו אסור אם נפגם טעמו המובלע הוא ג"כ רק איסור מדרבנן דמה שאמרינן השביח ולבסוף פגום אסור הוא רק מדרבנן אבל כיון שלא מצאתי ראי' ברורה לזה לכן אין אני סומך על זה אבל זה מה שכתבתי שמוכח מדברי הרא"ה ותוספות וגם לכאורה משמע כן במשמרת הבית שלמאן דאמר אפשר לסוחטו מותר בב"ח הוא הדין אם נפגם טעמו של חלב הנבלע בבשר ג"כ מותר ומה שאמרינן השביח ולבסוף פגום אסור לדידיה הוא דוקא בשאר איסורין דשם מודה שאפשר לסוחטו אסור ומשום זה השביח ולבסוף פגום בשאר איסורין ג"כ אסור ואף שהרשב"א בחידושיו לחולין (דף ק"ח) כתב שאינו מבין את דברי הרב שכתב שאף בבשר בחלב חוזרת החתיכה עצמה להיות מותר למאן דאמר אפשר לסוחטו מותר אבל בשאר איסורין מודה דהחתיכה עצמה נשארת באיסורה וכתב רק שאינו מבין את דבריו אבל לא חלק עליו. ע"כ לכאורה לא השיב משמרת הבית על דברי הרא"ה בזה. וא"כ מצאתי במשמרת הבית (דף ל"ח) בשער ראשון ב"ד עוד אמר פירש דקאי על הרא"ה דיותר ראוי לומר חתיכה עצמה נעשית נבלה בשאר איסורין מבשר בחלב והדברים אלו אין ראוי להשיב עליהם עכ"ל אלמא ס"ל להרשב"א דאין חילוק בין בשר בחלב לשאר איסורין ולפי דבריו לכאורה קשה דשמואל אדשמואל:

הג"ה

*) אבל מתניתין דאסרו שמן של עכו"ם סוברת דמחמת כך ס"ס אי אפשר להתיר דהך ספק שמא לא נשתמשו רק בדבר שאינו נותן טעם לא הוי ספק גמור. וראי' לזה. מהא דיליף ר"מ (ע"א ס"ז) דנט"ל אסור מגעולי מדין. ולפי שיטת הרמב"ם דספק דאורייתא מה"ת מותר. א"כ אמאי צותה התורה להגעיל. דהאיכא ספק שמא לא נשתמש רק בדבר שאין נותן טעם. א"ו דזה לא הוי ספק גמור וע"כ שפיר אסרו שמן של עכו"ם כיון דס"ל דנט"ל אסור אף דאסור רק מדרבנן וכדהוכחתי מ"מ אינו מותר משום ספק דרבנן כיון דלא הוי ספק גמור. אבל רבותינו שהתירו הוא משום דס"ל נט"ל מותר אף מדרבנן וא"כ איכא ספק אחד שמותר אף מדרבנן שמא נשתמשו בו אתמול ומצרפינן אף הספק הזה. שמא נשתמשו בו רק דבר הנותן טעם שיהי' נעשה לס"ס. וגם ס"ס לא בעינן הספק השני שיהי' שקול ועיי' תוס' כתובות פ' ד"ה ואכע"א ובפי' שם בקונטרס אחרון. אבל גם מה שכתבתי לעיל אליבא דרב דשם איכא עוד ספק שמא נשתמש דבר הפוגם בעין הוי ספק גמור ומדרבנן לקולא

אדשמואל כיון דס"ל אפשר לסוחטו מותר בבשר בחלב והוא הדין בשאר איסורין לכאורה ס"ל דאף שנאסרה חוזרת לשיות היתר א"כ אמאי אמר שמואל השביח ולבסוף פגום אסור לכן נראה דאף שהרשב"א כתב בחידושיו רק בלשון שאינו מבין דעתו שחולק על זה וכוונתו שחולק עליו וסובר כפי שיטת הרמב"ן שהביא בסוף דבריו דאף למ"ד אפשר לסוחטו מותר פירש שלא נעשה נבלה לאסור שאר החתיכות קסבר בשר שבו היתר גמור הוא ואינו אוסר בשר אחר במינו וגם החלב שבו היתר גמור הוא ואינו אוסר חלב אחר במינו ומ"מ אפשר שניהם ס"ל דהחתיכה אסורה וכן לשאר האיסורין הנבלעים בחתיכה והטעם לזה כמ"ש הר"ר אפרים ז"ל וכון הוא עכ"ל וכיון דלשיטת הרשב"א גם לשמואל דסובר אפשר לסוחטו מותר מ"מ החתיכה נשארת באיסורה והטעם כתב במשמרת הבית שם (בדף נ"ח) דלא מלינו הגעלה לאוכלין שכתב שם וז"ל הא ניחא וכו' אלא שמואל ור"ל מאי איכא למימר ולדבריהם אפילו חתיכה בב"ח אם נפלה בקדרה אחרת שיש בה כדי לבטל את החלב הבלוע תחזור החתיכה להיתרה וכ"ש בשאר איסורין וא"כ מלינו הגעלה באוכלין אתמהה · אלא ע"כ כיון שנאסרה שוב אינו חוזרת להכשירה דודאי נאסרה וכשנפלה לקדרה אחרת אין אנו יודעים שנסחט ממנה כל האיסור ומספק אין אנו מתירין כו' עכ"ל וראיתי להב"י ס' ק"ו אחר שהביא דברי הרשב"א שאפשר לסוחטו אסור בשאר איסורין כיון דנסרך טעמו בהחתיכה שוב אינה יוצאת והקשה הב"י על זה דאי מהאי טעמא לטעמי' קפילא לחתיכה זו ואי לית בה טעמא דאיסורה השתא שהרי נתברר שאיסור הבלוע בה נפלט ממנה עד שלא נשאר בה בנותן טעם ולמה תיאסר · ותירץ דכיון שכבר נאסרה אע"פ שנפלט קצת מאיסור שבה לעולם אסורה עד שיפלוט כולו לגמרי ולא ישאר בה ממנו כלל וכתב אח"כ שכן מלא בתשובה להרמב"ן ס' קנ"א · שנשאל זה מהרשב"א והשיב כמו שכתב הוא ואנכי עיינתי בתשובה הנ"ל ושם איתא שהשיב רק שלא מלינו הגעלה באוכלין ולא יותר ולפי הנראה ממה שכתב הב"י שמלא בתשובה להרמב"ן כונתו שאין פירוש לדברי הרמב"ן רק כדבריו ולפי דעתי דמה שפירש הב"י כונת הרשב"א שהוא כדבריו דלא ראה הב"י כל הספר משמרת הבית כדכתב הט"ז בכמה מקומות ואחד מהם בסוף ס' קי"ג ואלו ראה ספר משמרת הבית לא היה מפרש דבריו כן וכעין זה כתב הט"ז שם ולפי דברי המשמרת הבית הנ"ל נ"ל שכונתו הוא כך · דלא מלינו הגעלה באוכלין דספק לנו אם יוצאת הטעם מן החתיכה אי לא ואף שטעמה קפילא ארמאי ואמר דלית בה טעם איסור · מ"מ חיישינן דילמא במה שטעם לא נשאר טעם אבל יש משהו בחתיכה מה שלא טעם שנשאר בה טעם איסור כיון דהטעם הנבלע בחתיכה נסרכת ונדבקת בה יותר · אך לפי סברת הב"י יש ליישב דלא קשיא מ"ט דשמואל דסובר השביח ולבסוף פגום אסור די"ל כיון דנשאר בחתיכה טעם פגום שאם לא הי' בהערובות היתה אסורה לכן אינה חוזרת להתירה דמאי דאמר שמואל אפשר לסוחטו מותר פירש שאינה אוסרת אחרים אבל היא עצמה נשארה באיסורא :

היוצא מדברינו שלדברי הרא"ה ושאר פוסקים דיש חילוק בין בב"ח לשאר איסורין לכן סובר שמואל השביח ולבסוף פגום אסור ולהרשב"א אף דאמר שמואל אפשר לסוחטו מותר היינו שאינה אוסרת שאר החתיכות אבל החתיכה נשארה באיסורה דכיון שנאסרה שוב אינו חוזרת להכשירה אך נ"ל שבודאי אינו חייב עליו לשמואל ושאר אמוראים דסברי אפשר לסוחטו מותר כיון דהחתיכה בעצמה היא היתר והאיסור שבה כבר נפלט דיכול לטעום קפילא ארמאי אך חיישינן שמא עדיין נשאר משהו מן האיסור בהחתיכה אי כדברי הב"י או כדברי · בודאי אינו חייב מחמת שכבר נאסרה דהא לא אמיר טעמו הנבלע בה ממשו של איסור דאם יש כזית איסור ואם יבוא אדם אחד ויאכלנה חייב · ואם נתחלקה ויבוא אדם ויאכל חליה פטור · דלא אמרינן כיון דהי' מקודם שיעור שלם והיה חייב האוכלה · חייב גם כן אם אכל אחר שנתחלקה חלק אחד · לכן בודאי אינה עולה על הדעת אם חייב האוכל כזית בשר שיש בה טעם חלב שיהא חייב אף לאחר שנסחט טעמו של חלב ולא נשאר רק משהו של טעם החלב · כיון דלא נשאר טעם אמאי יהי' חייב דא"כ יהיה חמור טעמו של איסור ממשו של איסור זה אינו עולה על הדעת · והוא הדין אם נפגם טעמו של החלב המובלע בבשר אף שנשארת באיסורה דאינה חוזרת להיות היתר מ"מ בודאי אינו חייב כיון דכתב הרשב"א דטעם פגום הוה כמו שאינה וכתבתי שטעמו כיון דהטעם פגום נתערב בהיתר מקרי אינה ראויה לאכילת אדם שאינה מערבה לקלקל את הטעם מושבא הגם שנפגמה לאחר שנתערב בוודאי לא ניחא ליה בזה הטעם שבתוך התערובות שמקלקל את הטעם המושבח · וכעין זה כתב הר"ן שלא ניחא ליה ואדרבא מלער ליה ואבית אי"ה לקמן את לשונו וכ"ת אף אם נאמר דאם נפגם טעמו פקע איסורו והוה הטעם האיסור כמו שאינו · זה הייט דוקא בשאר איסורין אבל בבשר בחלב לא פקע איסורו אף דנפגם טעמו כמו שכתב הכרתי ופלתי הנ"ל לדעת הרמב"ם : לפענ"ד זה אינו דהא הרשב"א בתורת הבית הארוך שהבאתי לעיל כתב הא דנותן טעם לפגם מותר ילפינן לה מנבלה כמו שהבאתי לעיל לשונו ומאן דיליף דנותן טעם לפגם מותר מנבלה סבירא ליה דאף אם חייב אכלא כדרך אכילתן מ"מ נט"ל מותר כמ"ש הכרתי פלתי בעלמו שם אליבא דר' שמעון דסובר הכי וגם בספר מקור חיים בס' ק"ג סעיף א' כתב ג"כ שר' שמעון סובר הכי · שר' שמעון סובר אף שלא כדרך הנאתן חייב מכל מקום נט"ל מותר וגם החות דעת בריש ס' ק"ג הביא ראיות ברורות מש"ס כיון דילפינן דנט"ל מותר מנבלה אף בב"ח ג"כ מותר וגם הוכיח שדעת הרמב"ם הוא כן עיי"ש · וכיון דהרשב"א סובר הא דנט"ל מותר ילפינן לה מנבלה גם הכו"פ מודה דלדבריו דנט"ל מותר בב"ח לכן אף בב"ח אם נפגם טעמו של חלב הנבלע בבשר בודאי לא היו לוקין למ"ד אפשר לסוחטו מותר כמ"ש לעיל לשיטת הרשב"א · ולפ"ז קשה האיך ילפינן בפסחים שם דבב"ח אסור בהנאה מכלאי הכרם בברייתא שם הא מלי למפרך למ"ד אפשר לסוחטו מותר מה לכלאי הכרם שכן חייב עליהן אפילו שלא כדרך הנאתן כגון שעירב בו דבר מר לכן אסור בהנאה תאמר בב"ח שאם נפגם טעמו של החלב הנבלע בבשר שלא מקרי רק טעמו של חלב ולא ממשו של חלב כמ"ש הר"ן בחידושיו (דף נ"ח) עיי"ש וראיתי דבריו באגודת אזוב בדרוש רביעי עותק רוס וכדברים האלה כתב הרשב"א בחידושיו לחולין (דף נ"ח) ד"ה אמר רבא וכו' עיי"ש ועיין בב"י ס' נ"ח שהביא שם דברי הרשב"א · וכ"ת דהא דמותר נפגם טעמו יש טעם בדבר משום שלא נקרא רק טעם בלבד ולהכי לא הוה פירכא וילפינן בשר בחלב מכלאי הכרם שאסור בהנאה אבל זה אינו דלא מלינו למילף בב"ח דאסור בהנאה מכלאי הכרם · דבשלמא בכלאי הכרם איכא ממשו של איסור ולהכי אסור בהנאה תאמר בבשר בחלב שלא נקרא רק טעמו בלבד לכן מותר בהנאה כי היכי דחזינן דקיל טעמו של איסור ממשו של איסור לענין אם נפגם טעמו מותר באכילה ואם נפגם ממשו של איסור אסור באכילה עד שיהיו כ"כ נפגם עד שאינה ראויה לאכילה ה"נ קיל טעמו של בב"ח שיהיו מותר בהנאה ממשו של איסור דכלאי הכרם דאסור בהנאה · וכ"ת לעולם מלינן למילף בשר בחלב מכלאי הכרם שאסור בהנאה וכא דפרכינן מה לבב"ח שאם נפגם טעמו של החלב הנבלע בבשר מותר זה אינה פירכא דכיון שנפגם שוב אינה נקרא שם איסור בב"ח ומותרת החתיכה שנבלע בה חלב הנפגם כשאר חתיכות בשר של היתר ואנן ילפינן מה שאסור משום בשר בחלב שיהי' אסור בהנאה כמו כלאי הכרם · אבל גם זה אינו דהיכי מדייק הגמרא בפסחים שם בברייתא דבשר בחלב אסור שלא כדרך הנאתן דאם מותר בשר בחלב שלא כדרך הנאתן לא מלי למילף בשר בחלב דאסור בהנאה מכלאי הכרם · דנפרוך מה לכלאי הכרם שכן היו לוקין עליהם אפילו שלא כדרך הנאתן הא נוכל לומר לעולם בשר בחלב מותר שלא כדרך הנאתן ואפילו הכי לאו

פירכא הוא כיון דשלא כדרך הנאתן הוא תו לא מקרי אוכל בשר בחלב · דבזה דיניהם שוה דבאוכל שלא כדרך הנאתן כגון שהם עירב דבר מר ואח"כ הבשיל אסור ה"נ אם נפגם ואחר כך הבשיל ג"כ אסור כמבואר ביו"ד (סימן ק"ג סעיף ב') בשמחבר ובבית יוסף בשם הראשונים · ומדחזינן דפריך הגמרא מה לבשר בחלב מותר שלא כדרך הנאתן דיש קולא בבשר בחלב ה"נ מקילינן דמותר בהנאה הכי נמי נוכל לפרוך מה לבב"ה שכן נפגם טעמו של החלב מותר למ"ד אפשר לסוחטו מותר וכיון דהקילה בה התורה יותר מכלאי הכרם ה"נ מקילינן בבשר בחלב שמותר בהנאה לכן לא ילפינן מכלאי הכרם דאסור בהנאה והיכי קאמר אביי הכל מודים בכלאי הכרם דחייב שלא כדרך הנאתן והוא הדין בבשר בחלב ג"כ חייב שלא כדרך הנאתן · הא למ"ד אפשר לסוחטו מותר ע"כ סבירא ליה דבכלאי הכרם לא היו לוקין שלא כדרך הנאתן דאם היו לוקין הא לא מצי למילף איסי בן יהודה בברייתא שם בפסחים דבשר בחלב אסור בהנאה מכלאי הכרם כדכתבתי לעיל · וכי תימא כיון דלא כתיב לשון אכילה כשהזהירה התורה שלא לאכול בשר בחלב הא ע"כ מוכח דחייב אף שלא כדרך הנאתן ואף על טעמו של החלב הנבלע בבשר ג"כ חייב · זה אינו דהא בכל איסורין שבתורה לא היו לוקין אלא כדרך הנאתן · לבד בבב"ה ובכלאי הכרם דלא כתיב בהו לא תאכל · די לנו לומר דלהכי כתב רחמנא בלשון אכילה לומר לך שחייבין שלא כדרך הנאתן רק היכי דנפגם הבשר שנקרא ממשו של איסור דעדיין ניחא לאדם לאוכלן כדאכתוב תיכף אבל היכי דנפגם טעמו של החלב המובלע בבשר שהוא נקרא רק טעמו ולא ממשו וטעמו לא ניחא להאוכל באכילתו דאדרבה נוכל לומר שמצער ליה כמו שכתב הר"ן ואביא לקמן · אף בנפגם קצת שאינו חשוב כממשו של איסור אין חייבין שלא כדרך הנאתן דהא חזינן דאיסורים המשובחים שנפגמו ונסרחו הרי הם מותרין מן התורה באכילה ובתנאי שנפגמו ונבאשו כל כך עד שאינם ראוים למאכל אדם ואז פקע איסורא מינייהו אבל אם נפגם קצת ועדיין ראוים למאכל אדם עדיין אסורים מן התורה · ודבר זה נלמד מן הנבילה שאמר בה הכתוב לא תאכלו כל נבילה לגר אשר בשעריך תתננה ואכלה · נבילה הראויה לאכילה אסרה הכתוב · אבל אם נסרחה עד שאינה ראויה לאכילה הרי היא מותרת · כדאיתא בע"א (דף ס"ז ע"ב) ובכמה מקומות · והיכא דאסור רק מחמת טעמו של האיסור המובלע בהיתר · ולא בעינן שיהא פוגם לגמרי עד שאינה ראויה לאכילה · כדמבואר בראשונים ובאחרונים · אלא אם רק פגם האיסור בטעמו קצת בהיתר מותר באכילה · וטעמו דלא ניחא להאוכלה מה שמעורב בו טעם מופגם שמקלקל טעם המושבח · ואדרבא מצער ליה דאינו חשוב כממשו של איסור כשהוא בלא תערובות שאוכלה אדם אף כשנפגם · ולכן אף דלא כתב רחמנא בלשון אכילה גבי בשר בחלב דלומר לך שחייב שלא כדרך הנאתן · היינו דווקא אם אוכל ממשו של איסור בשר בחלב שלא כדה"נ הוא דחייב כגון אם נפגם הבשר בעצמו · אבל אם נפגם טעמו של החלב המובלע בבשר · שהוא נקרא רק טעמו של איסור בשר בחלב לא היו לוקין · כיון שלא ניחא להאוכל לאוכלו אף דנפגם קצת שאינו חשוב כממשו של איסור · ואמרינן אף שהחמירה התורה גבי בשר בחלב יותר מכל איסורים · שהיו לוקין שלא כדה"נ · היינו דוקא גבי ממשו של איסור · ולפי זה אינו מובן לי מה שכתב הכרתי ופלתי הנ"ל · מדכתב הרמב"ם דאין נקרא שלא כ"ד אכילתן כגון אם עירב דבר מר · ודבר מר כנט"ל הוא · לכן למד הכו"פ מזה שסובר הרמב"ם דבבשר בחלב אסור נט"ל · ולפי ענ"ד אינם יכולים ללמוד מדברי הרמב"ם בנותן ט"ל אסור · דנוכל לומר דהרמב"ם איירי שהדבר מר שעירב תוך הקדירה של בשר בחלב פוגם טעמו של הבשר שהוא נקרא ממשו של איסור בב"ה ואכל כזית בשר לבד החלב המובלע בה · לכן היו לוקין אף שלא כדרך אכילתן דבבשר בחלב כל הפוסקים מודים דאמרינן חנ"נ · אבל הכי דאכל כזית מבשר בחלב שבשניהם ביחד כשמצרפין אותן יש בהן כזית · אף דקי"ל בכל מקום דחייב בבשר בחלב כהאי גוונא · כדאיתא (בחולין בדף ק"ח ע"ב) · איתמר חצי זית חלב וחצי זית בשר שבשלן זה עם זה אמר רב לוקה על אכילתו וכו' עכ"ל הגמרא · היינו דוקא שאוכל דרך אכילתן · אבל היכי שאוכל שלא כדרך אכילתן · לא היו לוקין דחצי זית חלב המובלע בבשר שהוא נקרא רק טעמו ולא ממשו · אם נפגם הטעם הוי כמו שאינה · שכמו שאמרינן בכל מקום נותן ט"ל מותר · הוא הדין בבשר בחלב ג"כ נט"ל מותר · כיון שלא ניחא להאוכל לאוכלו אף בנפגם קצת לכן לא חשוב כממשו של איסור · אבל כשאכל כזית מהבשר לבד החלב כיון שאמרינן אחיכה נעשה נבילה בבשר בחלב לכ"ע היו לוקין אף שלא כדרך אכילתן · כיון דלא כתב רחמנא בלשון אכילה גבי בשר בחלב · היוצא מדברינו דנוכל לומר היכא דנפגם טעמו של החלב המובלע בבשר למ"ד אפשר לסוחטו מותר · ה"ה אם נפגם טעמו של החלב ג"כ מותר דהוי כמו שסחטו · א"כ קשה היכי קאמר אביי הכל מודים בכלאי הכרם שאסור שלא כדרך הנאתן · הא למ"ד אפשר לסוחטו מותר · ע"כ לא ס"ל שאסור שלא כדרך אכילתן · וגם לכאורה קשה על הרשב"א הקושיא שאכתוב לקמן להקשות לכאורה על דברי הר"ן · דלמאן דאמר אפשר לסוחטו מותר · היכא ילפינן בב"ה מכלאי הכרם שאסור בהנאה · דבשלמא בכלאי הכרם אוסר בהנאה · דהיו לוקין שלא כדרך הנאתן אף אם אכלו שלא במתכוון · דאוכל ממשו של איסור · שאמר בבשר בחלב שאף שהיו לוקין שלא כדה"נ · דוקא אם אוכלו במתכוון · לכן מותר בהנאה · ועיין בדברינו בארוך · לכן נראה לי דאף דאמרינן דבבשר בחלב וכלאי הכרם חייבין שלא כדרך אכילתן · היינו רק היכא דאחשביה באכילתו הוא דחייב · אבל היכא דאכל שלא במתכוון · שהוא בודאי לא נקרא אחשביה · כמבואר באורח חיים סוף סימן תמ"ב שהבאתי לעיל · אין חייבין שלא כדרך הנאתן · ולפי זה יהיה הכל ניחא · הא דאמר אביי הכל מודים בכלאי הכרם וכו' דאף למ"ד אפשר לסוחטו מותר · ג"כ מודה · דנראה לי דהא דאמרינן דנותן טעם לפגם מותר · היינו היכא דלא אחשביה · אבל היכא דאחשביה כגון שאומר שרוצה לטעום טעם של בשר בחלב שבשלו יחד אף שהוא פגום אסור · וכי תימא הא ילפינן דנותן ט"ל מותר מנבילה היכא שאינה ראויה לאכילה דמותר · והתם אף שאחשביה באכילתו ותקנו אח"כ שיהיה ראוי לאכילה ג"כ מותר דפקע איסורא מינה והוי כהתיכת היתר · והוא נלמד מקרא · דנבילה · שאינה ראויה לאכילה דע"כ קרא אילטריך להיכא שתיקן להאיסור · דאי כשאוכלה בעודה מוסרחת · לא צריך קרא דנבילה שאינה ראויה וכו' · דבלאו הכי מותר מטעם שהוא שלא כדרך אכילתו כמ"ש הרמב"ם פי"ד מהלכות מ"א · רק דקרא דנבילה שאינה ראויה לאכילה אצטריך · שפרח שם האיסור לגמרי · דאף שתיקנו עד שראוי לאכילה מותר · וכמ"ש בעל חוות דעת בסימן ק"ג ס"ק א' והוא הדין גבי נט"ל דילפינן מינה דמותר אף דאחשביה ג"כ מותר · זה אינו דאדרבא מזה מוכח איפכא דהא מבואר ביורה דעה סימן ק"ג בסעיף ב' וז"ל שם · במה דברים אמורים שפוגם מתחילתו ועד סופו · אבל אם השביח ולבסוף פגם או פגם ולבסוף השביח אסור · ואם נאמר דפרח איסורא מינה כשנפגם טעמו כמו גבי נבילה שאינה ראויה לאדם · למה אסור כשהשביח אח"כ · כיון שכבר פקע איסורא כשנפגם · אלא ודאי אף כשנפגם טעמו הוא עומד באיסורו · כקודם שנפגם טעמו אלא כשאוכל את הטעם בשעה שהוא פגום ומעורב בהיתר משובח מותר · דלא ניחא להאוכל בתערובתו אף שנפגם קצת · מכיון שנפגם טעמו · תו אינה נחשבת ראויה לאדם · דמן הסתם לא ניחא ליה להאוכל בטעם שהופגם מעט · והגמרא בע"א ובכמה מקומות דלמדו דנט"ל מותר מנבילה שאינה ראויה לאכילה · אף שאין ראיה זה מזה · דנבילה שאינה ראויה לאכילה · מקרי · כשהוסרחה ונפסל מאכילת אדם ופרח איסורה מינה · אף כשחזר ותיקנה ג"כ מותר · ונט"ל אם היה ממשו של איסור היה אסור · דלא פרחה איסורה מינה בנפגם רק קצת וראוי לאכילה

אדם · מ"מ הגמרא מדמה על דרך דמיון רק מצד הסברא שדמי להדדי דלא ניחא להאדם בתערובתו כשנפגם קצת · לכן אינה מיקרי ראויה לאכילה · והוי כמו נבילה שאינה ראויה לאכיל' ואינה דומה ממש נותן טעם לפגם לנבילה שאינה ראויה לאכילה · וזה מבואר בר"ן בפרק השוכר את הפועל שאביא אי"ה לקמן לכן נוכל לומר אף דגבי נבילה שאינה ראויה לאכילה אף אם אחשביה מ"מ מותר מן התורה · אבל בנותן טעם לפגם אם אחשביה כגון שאומר שהוא רוצה לטעום טעם דאיסורה ורוצה להנות מזה אסור מן התורה אך אין חייבין בשאר איסורין · לכן ניחא מה שאמר אביי הכל מודים בכלאי הכרם שהוא הדין בבשר בחלב · אף כשאוכל החלב המובלע בתוך הבשר ונפגם טעמו של חלב לבד ולא הבשר · מ"מ היו לוקין שלא כדרך אכילתו · אף למ"ד אפשר לסוחטו מותר · וסברת אביי הוא כך · כיון דחזינן כשאוכל ממשו של איסור בשר בחלב וכלאי הכרם · ואם אחשביה היו לוקין אפילו שלא כדרך אכילתן · ובלא אחשביה מותר מן התורה · ה"ה אם נפגם טעמו של חלב המובלע בתוך החתיכה · אף דהיכא דלא אחשביה מותר · מ"מ היכא דאחשיבה היו לוקין מן התורה : דאף דלמדו דנט"ל מותר מנבילה שאינה ראויה לאדם · והתם לא מהני אחשביה · הא כבר כתבתי שהוא רק מצד הסברא כיון דלא ניחא להאוכל בתערובתו · וכיון שנפגם טעמו קצת לא ניחא ליה להאוכל · ומיקרי אינה ראויה לאכילה · אבל היכא דאחשביה הא חזינן שנחשב בעיניו הטעם · אף שהוא פגום קצת · דאיסורה לא פרח מיניה כשהופגם כדכתבתי · לכן היו לוקין על החלב המובלע בבשר כשהופגם טעמו · ובזה ממילא מובן התירוץ על שני הקושיות · ולקמן אי"ה אכתוב עוד מה שנראה לפענ"ד לפי דברי הרשב"א :

פרח יא אות ד'

לפי דברי הר"ן פרק השוכר את הפועל נראה לפי ענ"ד שמוכח לפי דבריו דהא דהיו דלוקין בבשר בחלב וכלאי הכרם שלא כדרך אכילתן · היינו דוקא היכא דאחשביה · אבל אם לא אחשבי' מותר שכתב שם על המתניתין זה הכלל כל שבהנאתן בנותן טעם אסור וכו' · גמרא אמר רב יהודה א"ש וכו' וראיה לדבר עוד משמן ודבש וקורט של חלתית ודומיהן שהתירו בפרק אין מעמידין (דף ל"ח) משום נט"ל · ובודאי שאינן נפסלין מאכילת אדם · שהרי כולן נאכלין הן דלמאי כל דאיכא פורתא דפגם שרי · ואע"ג דנותן טעם לפגם מנבילה גמרינן לה · וכל שראוי לאכילה שמה נבילה · ואעפ"י שנפגמה · התם היינו טעמא מפני שנאכלת בפני עצמה · ולפיכך אסורה עד שתפגם מאכילת אדם · אבל איסור תערובות שהולכין בו אחר נתינת טעם · כל שטעמו פוגם תבשיל קצת מותר · לפי שאינה נותן טעם · דאדרבא פוגם הוא · אבל עדיין צריך ליישב היכי גמרינן לה מנבילה · ונראה לי דהיינו טעמא דמה מצינו בנבילה שלא אסרה תורה אלא כשהיא ראויה לאכילה מפני שהאוכלה נהנה מן האיסור · אעפ"י שהוא נפגמה קצת · אבל שאינה ראויה לאכילה כיון שאינו נהנה מן האיסור התירה התורה · ואעפ"י שחל עליו איסור מתחלה אף באיסור שנותן טעם בהיתר · כיון שההיתר נפגם קצת מן האיסור · נמצא שזה שאוכלו אינו נהנה מן האיסור אלא מצטער עליו · הלכך שרי אעפ"י שחל איסור מתחילה באותו דבר שנתערב בהיתר עכ"ל הר"ן · שגם לפי דברינו לכאורה קשה היכי קאמר אביי הכל מודים בכלאי הכרם שחייבין שלא כדרך אכילתן · ומוכרחים אנו לומר לפי דברי אביי שהוא הדין גבי בשר בחלב גם כן הכל מודים שחייבין שלא כדרך אכילתן · דאם לא כן תקשה היכי למד איסי בן יהודה בברייתא בפסחים שם דבשר בחלב אסור בהנאה מכלאי הכרם · הא מצי למפרך דמה לכלאי הכרם שאסור שלא כדרך אכילתן · תאמר בבשר בחלב שמותר שלא כדרך אכילתן · אלא ודאי דאף בבשר בחלב חייבין שלא כדרך אכילתן · משום דלא כתיב ביה לשון לא תאכל · כמבואר בגמ' שם כמו שכתבתי לעיל · אבל מ"מ לכאורה קשה אם נפגם טעמו של החלב המובלע בבשר שהוא מיקרי רק טעם בלבד ולא ממשו כדכתב הר"ן בחידושיו והבאתיו לעיל · למ"ד אפשר לסוחטו מותר אם אכל בלא מתכוון החלב שנבלע בבשר · שסבר שהוא שומן או דבר אחר מובלע בבשר · משום הכי אכלה בוודאי פטור · אף דאמר שמואל בכתובות (בדף י"ט ע"ב) דאיתא התם אמר רב נחמן א' שמואל המתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה וכו' עכ"ל הגמרא · היינו דווקא היכי שנהנה אז חייב אף כשאכלו בלא מתכוון · אבל כשאכל טעם של חלב המובלע בבשר שנפגם טעמו · ואכלה בלא מתכוון לא נהנה ואדרבא יש לו צער מאכילתו כדכתב הר"ן פרק השוכר את הפועל הנ"ל ודאי פטור ולפי זה לכאורה קשה היכי למד איסי בן יהודה שבשר בחלב אסור בהנאה מכלאי הכרם · הא מצי למפרך בכלאי הכרם אם אכל בלא מתכוון שלא כדרך אכילתן ג"כ חייב אם נאמר דלא בעינן אחשבי' · תאמר בבשר בחלב דאף דלא בעינן אחשבי' · מ"מ אם נפגם טעמו של החלב הנבלע בבשר שנקרא רק טעם ולא ממשו בוודאי פטור · כיון שאינו נהנה באכילתו · אדרבא מצטער הוא ליה · למאן דאמר אפשר לסוחטו מותר · וכאופן זה פריך הגמרא בפסחים (דף ל"ג ע"א) מר בר' דרבינא אמר ה"ק לא אם אמרתי בשאר מצות שלא עשה בהם שאין מתכוון כמתכוון · שאם נתכוון לחתוך את התלוש וחתך את המחובר שפטור · תאמר במעילה שאם נתכוון להתחמם בגיזי חולין ונתחמם בגיזי עולה שמעל וכו' עכ"ל הגמרא · וכן איתא בשבת (דף ע"ב ע"ב) דתניא וכו' וחומר שאר מצות משבת שבשאר מצוה שגג בלא מתכוון חייב · מה שאין כן בשבת וכו' · ומפרש הגמרא ושגג בלא מתכוון בשאר מצות ה"ד דסבר דשומן הוא ואכלו מה שאין כן בשבת דפטור · דנתכוון לחתוך את התלוש וחתך את המחובר פטור · ופירש"י ע"ז והיינו דשגג דסבור שומן הוא ולא מתכוון לאכול חלב · וחייב ואף על פי דמתעסק הוא לרבא דהא לא מתכוון לאכילת איסור חייב · דאמר שמואל בכריתות פרק ד' (דף י"ט) בחלבים ועריות מתעסק חייב · שכן נהנה אבל בשבת פטור דלא נהנה וכו' · ע"כ · וכהאי גוונא איתא בסנהדרין (דף ס"ב) · אלא וודאי דהא דאמרינן בכלאי הכרם שחייבין שלא כדרך אכילתו · היינו דווקא היכא דאחשבי' · והיכא דלא אחשבי' מותר מן התורה · ומפני זה סובר אביי שה"ה בחלב המובלע בתוך הבשר ונפגם החלב · שג"כ חייבין ע"ז · כי היכי דחייבין על ממשו של איסור אם אחשבי' · מכיון דאחשבי' שוה הטעם כממשו · דמה שמחלקינן בין טעם לממשו · היינו דווקא היכא דלא אחשבי' · דבטעם בלבד אף כשנפגם רק קצת מיקרי אינה ראויה לאכילה כיון דרק טעמא בעלמא לא חשיב כל כך בעיני האדם ומן הסתם אינה אוכלה אף כשנפגם רק קצת · אבל ממשו נחשבה בעיניו אף כשנפגמה קצת · לכן בעינן בממשו שנפסלה מאכילת אדם · אבל היכא דאחשבה · כיון דחזינן דנחשב בעיני האדם הטעם · חייבין על בב"ח על טעמו כשנפגמה רק קצת · ועיין מה שכתבתי לעיל לפי דברי הרשב"א · ותראה מזה מה שנצריך. לפי דברי הר"ן · וראיה ברורה לזה מדברי הרמב"ם שכתב בפרק י"ד בהלכות מ"א הלכה ב' האוכל מאכל ממאכלות האסורות דרך שחוק או כמתעסק אף על פי שלא נתכוון לגוף האכילה הואיל ונהנה חייב כמו שמתכוין לעצמה של אכילה · והנאה שבא לאדם בעל כרחו באיסור מכל האסורין אם נתכוון אסור · ואם לא נתכוון מותר · וכתב על זה הכסף משנה ואע"פ שרש"י מפרשה לה באיסורי הנאה כגון ריח של עכו"ם · רבינו מפרשה בכל איסורין · והוכיח זאת מדברי הרמב"ם · שלמעלה מהלכה זו ולמטה מהלכה זו משמיענו דיני מ"א · וגם כתיב והנאה בוא"ו כדי לחבר את הדברים דקאי אדלעיל על מי שאוכל מאכלות אסורות שלא במתכוון שחייב רק מפני שנהנה · אבל כשהנאה באה לו בעל כרחו · כגון שאוכל בשר בחלב שעירב דבר מר · אע"פ שנהנה קצת אף שחייב אם אכלו במתכוון כדכתב למעלה מן הלכה זו · אבל כשאכלו שלא במתכוון פטור · אע"פ שנהנה קצת כיון דהנאה באה לו בעל כרחו · כי אדרבא מצטער הוא ליה מפני שהוא סבור שאוכל דרך אכילתן דבר

אחר

אחר ונמצא שאכל בלא מתכוון בשר בחלב שעירב דבר מר פטור · אך נראה לי אף שבזה הר"ן והרשב"א שוים וסוברים דהא דחייבין בבשר בחלב ובכלאי הכרם שלא כדרך אכילתן · היינו דוקא היכא דאחשביה · דהיינו כשאוכלו במתכוון והוא בעיניה בלי תערובות · אבל אם אוכל האיסור בשר בחלב כשהיא בתערובות · והאיסור נפגמה לא מיקרי אחשבה כשאוכלה במתכוון · לא מבעיא לדעת הר"ן שכתב שנט"ל לא נהנה אדרבא מצער ליה כדהבאתי לעיל את לשונו · ואפילו לדעת הרשב"א ג"כ לא נקרא אחשביה באופן זה · משום דדעתו על ההיתר להוכלה שלא נפגמה · אבל אין דעתו על האיסור שנפגמה · וזה בודאי לדעת הרשב"א נראה אם האיסור נפסלה מאכילת אדם ונתערב בהיתר מושבח כשאוכלה לא נקרא אחשביה דדעתו על ההיתר שלא נפסלה וראוי לאכילת אדם ולא על האיסור שנפסלה · ובזה ניחא מה שהתיר הרשב"א והובאו בש"ע י"ד (סימן ק"ג ס"ב) וזה לשונו · אבל איסור מרובה לתוך היתר מועט ואפילו מחצה על מחצה אין אומרים נ"ט לפגם מותר עד שיפגום לגמרי שאינו ראוי למאכל אדם וכו' עכ"ל · אבל כשנפסלו מאכילת אדם מותר: ובוודאי אפילו מדרבנן קאמר · ואף שהאיסור הוא רוב שדומה כאילו האיסור הוא בעין · ומלשון הרמב"ם בפרק י"ד (מהלכות מ"א הלכה י"א) · וז"ל המחה את החלב וגמאו כשהוא חם עד שנכוה גרונו או שאכל חלב חי וכו' או שאכל את האיסור אחר שהסריח והבאיש ובעל מאוכל אדם הרי זה פטור · עכ"ל · מזה הוכיח המנחת כהן בספר התערובות חלק ראשון פרק תשיעי דמשמע דפטור מן התורה אבל אסור מדברי סופרים · ולכאורה נראה שהן מחולקים הרמב"ם והרשב"א בזה · אך לפי עג"ד נראה דלפי מה שכתבתי לא פליגי כלל · דהרשב"א מיירי כשנתערב האיסור לתוך היתר ולכן מותר אף מדרבנן · אף דאוכלה במתכוון · דדעתו רק על היתר שלא נפסלה מאכילת אדם · אבל על האיסור שנפסל מאכילת אדם אין דעתו לאכול · ומה שאוכל כיון שמעורב בתוך ההיתר שלא נפסלה והוא רוצה לאכול ההיתר ולאי אפשר בענין אחר · אבל הרמב"ם מיירי שאוכל האיסור בעיניה שאינה מעורב בתוך היתר כלל אף שנפסלה מאכילת אדם · כיון שאכלה במתכוון אחשבה בעיניו לכן אסור מדרבנן:

ועוד אני תמה על המנחת כהן שכתב שם וז"ל · אבל האיסורים המשובחים שנפגמו ונסרחו הרי הם מותרים מן התורה באכילה · ובתנאי שנפגמו ונבאשו כל כך עד שאין ראוים למאכל אדם · ואז פקע איסורא מינייהו וכו' ודבר זה נלמד מן הנבילה שאמר בה הכתוב לא תאכלו כל נבילה לגר אשר בשעריך תתננה ואכלה · נבילה הראויה לאכילה אסרה הכתוב · אבל אם נסרחה עד שאינה ראויה לאכילה הרי היא מותרת · והוא הדין לכל האיסורין המשובחים שאם נפגמו כשיעור הזה הותרו שהרי לא אסרם הכתוב אלא כשהם משובחים · אלא שצריך עיון אם מותר ג"כ לאכלם מדברי סופרים מאחר שנפסדו כל כך · ולכאורה משמע שמותרים ג"כ מדברי סופרים · שהרי דין היתר נט"ל מותר מדרבנן · א"כ גם נבילה שנסרחה לגמרי מותרת מדרבנן · ומביא ראיה מדברי הרשב"א שהבאתיו לעיל שמותר אף מדרבנן · אך כתב שמדברי הרמב"ם שהבאתי לעיל משמע שאסור מדרבנן · ואנכי איני מבין את דבריו שלא מדברי הרמב"ם בלבד נלמוד זאת · אלא זה מפורש בש"ע א"ח (בסימן תמ"ב בסעיף ט' ויו"ד ע"ש) במגן אברהם (בס"ק ט"ו) ובדברי הט"ז בסעיף קטן ח' ונחק יעקב ס"ק י"ט · והבאתים לעיל · ונובע זאת מהמ"א פרק כל שעה והבאתיו לעיל · וכיון שמבואר כן בכל דברי האחרונים שאף בנפסל מאכילת כלב מ"מ אם אחשבה ואכלה אסור מאי מספקא ליה להמנחת כהן ומפני מה לא הביאם ללמוד מהם הדין הזה · או כתב המנ"כ שם לכן צריך לומר כדי שלא יהיה פליגי הרמב"ם עם הרשב"א · שמהרמב"ם משמע שאסור מד"ס לאוכלה · ומדברי הרשב"א משמע שמותר אף מדרבנן · שהרמב"ם מיירי כשאוכלה בעין · והרשב"א מיירי כשנתערבו בהיתר · לכן מותר אף מדברי סופרים · אפילו אם האיסור הוא רוב · כיון שנפסד התבשיל לגמרי · ואע"פ שהיתר נט"ל מנבילה גמרינן לה והיא אינה מותרת מדברי סופרים אפילו נפסלה מאכילת אדם · זהו מפני שהיא בעין · אבל כל שנתערבה אפילו עם מיעוט היתר הותרה אפילו מדברי סופרים אם נפגמה התערובות לגמרי · ונראה לי הטעם למה בעין אסורה מדברי סופרים · וע"י תערובות מותרת · והוא שהחכמים לא התירו נותן טעם לפגם אלא בדיעבד · אבל לכתחילה אסור מדבריהם ולכן אסרו לבשל בקדירה שאינה בת יומא · אע"פ שנותנת ט"ל · ואף שאם נתבשל בה בדיעבד מותר התבשיל · וכל אותן דברים שהתירו משום שהאיסור נט"ל · היינו שנתערב האיסור עם ההיתר בדיעבד · אבל לערבם אסור · ולכן כשהאיסור הפגום הוא בעין אף שנפגם לגמרי עד שאינו ראוי למאכל אדם אסור מדברי סופרים לאכלו לכתחלה · אבל אם נפל לתוך ההיתר אינו אוסר כלל מדברי סופרים · ואין צריך שיעור לבטלו מפני שהוא דיעבד גמור מאחר שנתערב עם ההיתר · ואם לא היו מתירין התערובות נמצא שמפסיד הדבר המתערב עמו · ולכן אף על פי שנתערב עם מיעוט היתר מותר · מה שאין כן כשהוא בעין וכמו שכתבנו · מלבד לפי מה שכתבתי אין צריכים לדבריו · דהרמב"ם איירי כשאוכלה כשהוא בעין · שכן אסור מדברי סופרים · דכיון דאכלה אחשבה ולכן אסור · אבל הרשב"א מיירי כשמעורב בתוך היתר ולכן אף כשאוכלה דעתו על ההיתר · דכיון דהיתר אינה נפסלה מאכילת אדם והאיסור נפסלה לכן אף כשאוכלה לא אחשבה את האיסור · לפיכך מותר אפילו מדרבנן · אך גם דבריו אינם מובנים לי · אף שיכול להיות שמבואר החילוק הזה בשאר אחרונים · ולפי עג"ד נראה לחלק טעם אחר · דמה שאוסרים הכלי לכתחלה להשתמש בו אף בכלי חרס דצריך שבירה ואף אם אינה בת יומא והוי הפסד · דחכמים העמידו דבריהם אף במקום הפסד כמו שעשו חכמים בשאר גזירות · דלא פלוג בתקנתן · ומה שמתירין הנותן טעם לפגם המעורב בתוך התבשיל של היתר דכיון דנותן טעם לפגם שלא בא הטעם ע"י כלי שקבלה הכלי הטעם בעודה מושבח מותר כמו שמבואר בכמה מקומות · ואציגה לך אחד מהם · יין נסך שנפל על גבי תאינים או על גבי תמרים אם נט"ל הוא מותר · כדאיתא בע"א (דף ס"ה ע"ב) בגמרא וכיון שמותר נט"ל אף מדרבנן כשלא בא הטעם ע"י כלי · שקיבל הטעם בעודה מושבח לכן אף שאסרו הנתינת ט"ל מה שמובלע בתוך הכלי מ"מ אם נתערב בתבשיל בדיעבד מותר ודומה לזה מצינו בנ"י על הסוגיא דיבמות (דף פ"ב) שכתב שם בשם הרמב"ן וזה לשונו · מיהו ענין פתן ובישוליהן כיון שאין איסורן שוה בכל היא · אפשר דבטל חד בתרי כן נראה עיקר בעיני וכן הסכים על ידי מורינו הרב ז"ל והריטב"א ז"ל וכן מבואר ברמ"א ביורה דעה בסימן קי"ב ס' י"ד דפת של עכו"ם בטל חד בתרי · והש"ך כתב שם בס"ק כ"ג בשם איסור והיתר אפילו בבישולי עכו"ם הדין כן וכן פסק בתורת חטאת · אך הם לא הביאו דברי הנ"י בשם הרמב"ן והריטב"א · והכא נמי כיון דנותן טעם לפגם שלא בא על ידי כלי מותר · כדאמרינן בכמה דוכתא אלא כשבא הטעם על ידי כלי שקבלה בעודה מושבח · אסרו חכמים · בשעשוהו כאיסור אך לא עשוהו שילטרך בשיס בתבשיל נגד הטעם הנפלט מן הכלי · לכן כשמעורב טעם הכלי שהוא נותן טעם לפגם בתוך התבשיל מותר דבטל חד בתרי · כמו פתן ובישוליהן של עכו"ם · שלא יכלו לאסור יותר מזה · שאם נפל לתוך היתר שיהיו צריך ששים · כיון דאין איסורן שוה בכל לא יכלו לאסור באופן זה · רק בטל חד בתרי · ה"נ גבי נט"ל הבא ע"י כלי ג"כ בטל חד בתרי:

לכן לא נראה לפי עג"ד מה שהוליא מהר"לבח ראיתי את דבריו בתשובת הגאון ר' עקיבא איגר סימן מ"ג שבהפסד מרובה יש להתיר בכלי חרס מרובים להשתמש בו אחר מעל"ע דהוי כדיעבד · כיון שהוא הפסד מרובה · והוכיח זאת דלכאורה דברי הר"נ סותרים אהדדי · דבפסחים פרק כל שעה גבי תנור

יוצא כתב אף דזה וזה גורם לכתחילה אסור · מ"מ כיון דתנור אין לו תקנה אלא בנתיצה הוי כדיעבד · ואלו בחולין כתב הר"ן בהסיא פינכא דתברא ולא אהסיי מעל"ע דנותן טעם לפגם לכתחילה אסור · הרי דאף בכלי חרס דאין לו תקנה אלא שבירה לא הוי כדיעבד · והוכיח מזה דיש חילוק בתנור דהפסדו מרובה · ובין פינכא דהפסדו מועט · והכי דייקא לישנא דהר"ן פרק כל שעה גבי קדירות בפסח שכתב אע"ג דלרב אי אפשר שלא לשבור הקדירה אפילו הכי לא הוי כדיעבד · ולפי עג"ד נראה דאין ראיתו ראי' דהפירש בדברי הר"ן דפרק כל שעה הוא כך דמתחילה כתב הר"ן דאפילו למ"ד נותן טעם לפגם מותר · הני מילי דיעבד אבל לכתחילה לא · ופירש לדבריו דדיעבד אם נתערב הנותן טעם לפגם בתוך ההיתר מותר · דבטל חד בתרי · אבל לכתחילה אסור לערב בתוך היתר · דאסרו את הכלי שאינה בן יומא אף בדיעבד אטו בת יומא · נמצא לפי זה דאסור אף בכלי חרס להשתמש אף דהוי כדיעבד כיון דצריך שבירה · מ"מ אסרוהו הכלי שאינה ב"י אף דיעבד גזירה אטו בת יומא · דחכמים העמידו דבריהם אף במקום פסידא · דלא פלוג חכמים בתקנתן · דאם לא כן לא קיימא גזירתן לכן אסור להשתמש בהכלי שאינה ב"י אף כלי חרס אף שיהי' בודאי רוב נגד התבשיל · אבל בדיעבד אם נשתמש בה נתבטל טעם האיסור שאסרו חכמים על פי גזירתם חד בתרי · וזהו שכתב הר"ן דנותן טעם לפגם לכתחלה אסור · אבל בדיעבד מותר · קאי אם נתערב בתוך תבשיל של היתר · אבל הכלי אפילו שהיא של חרס דהוי כדיעבד אסרוהו חכמים אף בדיעבד · ולכן מסיק הר"ן ואע"ג דלרב אי אפשר שלא לשבור הקדירה · אפילו הכי לא הוי כדיעבד · פירוש לדבריו דלא הוי כדיעבד אם נתערב הנותן טעם לפגם בתוך היתר שהוא מותר בדיעבד · אבל הכלי אף שהיא של כלי חרס דהוי כדיעבד בכל זאת אסורה להשתמש בה לכתחלה דגזירה שאינה בת יומא אטו ב"י · ועשאוהו חכמים אף שהיא של כלי חרס שהוא כדיעבד דיהי' דינו כלכתחילה משום גזירה דבן יומא · וכיון שאין ראי' מדברי הר"ן גם דינו לא נראה לפי עג"ד אף שהבעל מנחת יעקב כתב ג"כ כפי דעת מהרלב"ח והובא דבריו בתשובת הגאון ר' עקיבא איגר שם · מ"מ לפי עג"ד אינה נראה לי וראי' לדברי ממשמעות הבית שם וזה לשונו · ממה שחשב לקושיא דכיון שהבלוע שבקדירה מלד עצמו ראוי לאדם · א"כ האיך התירה קדירה שאינה ב"י לכתחלה דמאי שנא מנתערב חתיכת נבילה בתוך שתים של היתר דאסור לבטל איסור לכתחילה אפילו מדאורייתא אין בדבריו כלום וכו' · ועוד שאם אתה בא לאסור הקדירה לעולם איכא הפסד כלים · וכענין שחששו והתירו בתנור חדש שהסיקוהו בקליפי ערלה · ובגנה שנתזבלה בזבל של עכו"ם ופרה שנתפטמה בכרשיני עכו"ם ומשום דזה וזה גורם · ואין אומרים חדש יותץ וגנה תבור · ופרה תרזה · ואף כאן כיון דאין אתה טועם האיסור שבו בפני עצמו אלא ע"י תערובות מרובה · ואי אתה טועמו בשבחו אלא בפגמו מותר · ואפילו הכי אסרוהו מדרבנן לכתחילה · הואיל ונכנס ונבלע בקדירה בשבחו וכו' עכ"ל · הרי חזינן דהרשב"א מדמה כלי חרס הצריך שבירה דהוי כדיעבד ומותר · כמו דאמרינן גבי תנור ופרה וגנה דהוי כדיעבד ומותר · לכן אף הקדירה חשוב כדיעבד · ומותר לבטל אף לכתחלה מדאורייתא את האיסור הנבלע בתוך הקדירה בתוך התבשיל שמבשל בה · אלא שחכמים אסרו הכלי אף בכלי חרס דצריך שבירה · דהוי כדיעבד · ומשום גזירה בת יומא · נמצא שהוא ג"כ כדברינו · שהכלי שאינה בן יומא אף שהוא של חרס אסרוהו חכמים אף בדיעבד · אך סוף דבריו אינה כדברינו · שהוא כתב הטעם מפני מה מותר התבשיל שנתערב בו הטעם הפגום שנפלט מן הכלי כיון דהאיסור מעורב בתוך היתר וגם נפגם לכן מותר · משום דאזיל לשיטתו דסובר דביטולי עכום צריך ששים · עיין בש"ך ביו"ד בסימן קצ"ו בס"ק י"ז כתב כן בשם הרשב"א · לכן אין יכול הרשב"א לומר כסברתו · דמפני זה מותר התבשיל שבטל חד בתרי · כמו גבי ביטולי עכו"ם דבטל חד בתרי · דכיון שהוא סובר דגם בביטולי עכו"ם צריך ששים · לכן כתב טעם אחר · ונראה לי שהפירוש בדבריו מה שמסיק ואפילו הכי אסרוהו מדרבנן ולכתחלה הואיל ונכנס ונבלע בקדירה בשבחו כך הוא · דאסרוהו חכמים הכלי שאינה בן יומא אף שהוא כלי חרס דהוי כדיעבד אפילו הכי אסרוהו משום גזירה דבת יומא · ועשאוהו חכמים כאיסור גמור · אפילו הכי אם נתן טעם בתוך היתר מותר · כיון שהוא פגום ועל ידי תערובות לא אסרוהו חכמים · וכי תימא דהוי לחכמים לאסור את ההיתר שנתערב בטעם של פגום משום גזירה · דלמא יתירו תבשיל שנבלע בו טעמו של כלי שהוא בת יומא · כמו דגזרינן בכלי שאינה בת יומא אטו בת יומא · כך נראה דהדין דהיו להם לגזור את התבשיל שיש בה טעם פגום מקדירה שאינה ב"י אטו טעמא של בת יומא · די"ש לומר כיון דעשו חכמים פעם אחת היכירא שלא להשתמש בכלי שאינה ב"י תו ליכא למיחש · דבכמה מקומות מצינו בתלמודא שעשו חכמים הכירא · ולא עשו רק בדבר אחד ושאר הדברים הניחו כמקדם · וה"נ כיון דעשו חכמים בדבר אחד היכירא שלא להשתמש בכלי שאינה ב"י משום קדירה ב"י תו לא חיישינן ואם נפלט הטעם מן הכלי שאינה ב"י לתוך התבשיל מותר · אף דס"ל להרשב"א דביטולי עכו"ם צריך ששים · ובזה דברי הרשב"א מרווחים בטוב טעם :

היוצא מדברינו שהרשב"א ס"ל דמה שאוסרין הכלי שאינה ב"י אסרוהו אף דהוי כדיעבד דמה"ת מותר לבשל בה · אף דאין מבטלין איסור לכתחילה · מ"מ הכא מותר מה"ת · משום דאם אתה בא לאוסרה · נמצא דאוסרין אותה אף בדיעבד · לכן מותר לבשל בה לכתחילה · כמו דאמרינן גבי תנור ולא אמרינן יותץ · אך משום גזירה שלא יבא להשתמש אף בכלי שהיא ב"י אסרוהו חכמים אף דהוי כדיעבד ואיכא הפסד משום דצריך שבירה · דגזרו בה חכמים דיהיו חמור יותר מתנור שהסיקוהו בקליפי ערלה דלא אמרינן יותץ מדרבנן דשם לא שייך לגזור לפ"ז מוכח מדברי הרשב"א דאסרינן אף בכלי חרס מרובים להשתמש בהן אחר מעל"ע דחמיר איסור שאינה ב"י מאיסור תנור הנ"ל · ואינו סובר הרשב"א כדעת מהרלב"ח · גם הגאון ר"ע איגר פליג עליו רק מטעם אחר · לכן נראה לי שאסור להשתמש בכלי חרס אפילו מרובים אף לאחר מל"ע · וגם לפי סברתי שכתבתי הטעם לחלק בין הכלי שבלוע בו דבר שהוא נ"ט לפגם שאסור · ובין התבשיל שמעורב בו כנ"ל · וסברתי עולה לפי פסק הש"ע ושאר אחרונים דפתן וביטולן של עכו"ם בטלים ברוב · אעפ"כ הכלי אסור אף דהוי כדיעבד וכדכתבתי לעיל : היוצא מדברינו הא דהייבין בבשר בחלב וכלאי הכרם אף שלא כדרך אכילתן היינו דוקא היכא דאחשבה · אבל אם לא אחשבה מותר מן התורה · ומה נקרא לא אחשבה לכל הדיעות בין להרשב"א ובין להר"ן כגון שאכלו שלא במתכוון שסובר שאוכל דבר אחר · לפי זה לא קשה על מהרי"ל מדוע לא חשש מהרי"ל על איסור בישול בשר בחלב · כשמבשלין אפר כירה שמעורב בו מבשר בחלב · וגם לא קשה מה שציוה מהרי"ל להגעיל הכלי הא מעורב בה אפר ונט"ל ומותר · כמו שהקשה הנ"ל שהבאתיו לעיל כיון שאינו צריך לחפיפת הראש מה שמעורב עם הבו"ח · רק אפר לבד צריך · וכונתו רק לבשל האפר ולא אחשבה מעולם הבב"ח מה שמעורב בתוך האפר · דבב"ח המעורב בתוך האפר אין איסור רק היכי דאחשבי' · כיון שלא כדרך הנאתן הוא · דהאפר נט"ל · כמו דאמרינן גבי חמץ הנ"ל · והכא לא אחשבי' מעולם :

לפי דברינו אלו ניחא מה שכתב המגן אברהם בסי' ת"ג בס"ק י"ב שמותר לחמם בכלי חמץ מים לחפיפת הראש שאין נהנה מהמתן שבתוכו · ועוד דס"ל שלא כדה"נ · ולכאורה על טעם השני קשה הא קיי"ל בכל איסורין שלא כדה"נ עכ"פ אסור מדרבנן · והאיך מותר לחמם המין בכלי חמץ דהא אסור עכ"פ מדרבנן · ואין לתרץ דהא הדין זה דמותר לחמם המין בכלי חמץ נובע ממרדכי פרק כל שעה · וז"ל שם דאי לא"ה לא מצינו ידינו ורגלינו שהרי מחממין לנו חמין ביורות אסורות בפסח · ורוחצין בהן · וכל צרכי הנאה :

אנו

אנו נהגין. מכלים ישנים בפסח עכ"ל · א"כ נוכל לומר. דהא דהמ"א כתב הטעם משום דנהנה שלא כדה"נ ומותר. אף מדרבנן · משום דהכלי של חמץ ג"כ אינו בן יומא · וכיון דהוי אינה ב"י ושלא כדה"נ לכן מותר אף מדרבנן · אבל זה אינו · דהא אינו ב"י ושלא כדה"נ. אחד הוי' · וכי תימא כיון דבדיעבד באינו ב"י מותר כשנערב במאכל אף באכילה · לכן מותר להנות אף לכתחלה · א"כ איך מביא רא"י המרדכי שם מזה דנוהגין להחם המין בפסח בכלי של חמץ שאינו ב"י · דמותר ג"כ למכור לעכו"ם התרנגולת שנמצא בה חטה מבוקעת · משום דגם בזה אינו נהנה מטעם החמץ הנבלע בתרנגולת · דאינה נמכרת יותר בשביל החטה · כמו שמותר להחם המין בכלי חמץ דגם שם אינו נהנה מהחמץ · דהא לפי זה לא דמי להדדי · דהא בתרנגולת מובלע טעם חמץ דגן גמור שאסור מן התורה אפילו ע"י תערובות · אבל מה שמחממין. חמין בכלי חמץ שאינו ב"י · טעם חמץ שנפלט מן הכלי לתוך החמין מותר בדיעבד אף מדרבנן לכמה דעות שמתירין נט"ל בפסח · והביאם המרדכי שם בפרק זה דעתם · אלא ודאי דלא שנא · א"כ הדרא קושין לדוכתא · איך כתב המגן אברהם הטעם משום דהוי שלא כדה"נ · דהא עכ"פ אסור מדרבנן בשאר איסורים · ואע"ג דהא מבואר בדרכי משה שם שדין זה שמותר להחם חמין נובע מן התוס' פרק אין מעמידין (דף ל"ב) ושם כתבו בסתימות משמע שם שמותר להחם אף בכלי ב"י · וכן משמע מדברי רמ"א בשו"ע שכתב שם בסתימות ולא כתב דדוקא בכלי שאינו בן יומא מותר להחם · אלא משמע דאף בכלי בן יומא מותר להחם · ואם כן תקשי איך כתב המג"א הטעם דמותר משום שלא כדה"נ · דהא מדרבנן עכ"פ אסור · ולפי דברינו ניחא · דכתבתי דאף דבבשר וחלב קי"ל דאסור מן התורה · מ"מ היכא דלא אשביה מותר מן התורה · ומזה הראיה שהבאתי מחמץ · מטיפת דיו · מוכח דאף מדרבנן מותר · אך זאת נוכל לומר זהו בשאר איסורין · אבל גבי בשר וחלב יכול להיות דעכ"פ אסור מדרבנן · דכיון דבשר וחלב שלא כדה"נ אסור מן התורה · היכא דאשביה · עכ"פ היכא דלא אשביה אסור מדרבנן · וכן נראה מדברי הש"ך ביו"ד בסימן (פ"ז ס"ק כ') שכתב הטעם דלא מיתסר המים שמעורבים בו האפר · שמובלע בהם בשר וחלב לחפיפת הראש שהרי נהנה · משום דלרחוץ ראשו כיון שאינו דבר של אכילה לא חשוב נהנה · כיון שאינו נהנה מגוף האיסור וכמו שיתבאר לקמן סימן נ"ד ע"כ · ולא כתב הטעם השני של המגן אברהם משום דהוי שלא כדה"נ · דאף אם יהנה מהבשר בחלב מ"מ שרי כיון דנהנה שלא כדה"נ · ומשמע מדבריו שאינו מתיר רק מטעם משום שלא נהנה כלל מהבשר בחלב · הא אם יהנה אסור אף שלא כדרך הנאתו ולא אשביה · דאינו מתכון רק לאפר כירה · ולא מה שמובלע בתוך האפר הבשר בחלב · משום דבשר בחלב אם יהנה שלא כדרך הנאתו ואשביה אסור מן התורה · לכן אף בלא אשביה ובשלא כדרך הנאתן עכ"פ אסור מדרבנן · גזירה אטו אשביה דאסור מדאורייתא · אבל בשאר איסורין היכי דאכל שלא כדרך הנאתן אפילו היכי דאשביה אסור רק מדרבנן · ולכן דלא אשביה אין אסור אפילו מדרבנן · דליכא למיגזר כיון דאף היכא דאשביה אינו אסור רק מדרבנן · לכן כ' המג"א מטעם השני דמותר להחם המין בכלי חמץ כיון שנהנה שלא כדה"נ ולא אשביה · כי אין מתכון להנות מהחמץ רק מגילא נהנה · כמו שמתיר ההרונות הדבן לכתוב בדיו שמבושל בשכר שעורים · אף שיתן קולמסו לתוך פיו · והחמץ שנפסל מאכילת כלב אסור באכילה עכ"פ מדרבנן · כיון שנותן שלא בכוונה ליכא קפידה · דדוקא לאוכלו בכונה אסור דאשביה לאכילה עכ"ל · והביאו את לשונו במג"א וחק יעקב בסי' תמ"ב הנ"ל · לכן ניחא מה שצווה מהרי"ל להגעיל הכלי שמחממים בו מים עם אפר לחפיפת הראש כיון שעכ"פ מדרבנן אסור אף היכא דלא אשביה · דגזרינן אטו אשביה · ואף שכתב הב"י לדעת הרשב"א מה שמקשה שם הטור עליו דמתיר הרשב"א איסור מועט שנבלע בכלי אם דרכו של אותו כלי שלא

להשתמש בה ביתר מועט בכדי שיתן זה טעם ביתר שישתמשו בו כמו קדירה גדולה וחביות גדולה ויורה גדולה וכיוצא בהן · הרי זה מותר להשתמש בו לכתחילה · אף שהוא ב"י · לפי שא"א לבא לידי נתינת טעם · אבל אם הוא כלי שמשתמשין בו בדבר מועט כמו קערה וכיוצא בו אסור להשתמש בו שאין מבטלין אפילו איסור מועט ואפילו איסור הבלוע ע"כ · והקשה על זה הטור דאינו נראה להתיר מק"ו דאפילו קדירה שאינה ב"י שהיא מותרת אסורה משום גזירה אטו בת יומא · כ"ש באותו כלי עצמו אע"פ שאין דרך להשתמש בו ביתר מועט יש לנו לגזור אטו שמא ישתמש ביתר מועט עכ"ל · ותירץ ע"ז הב"י אין כאן קושיא כלל דלא דמי להדדי · דע"כ לא שרי הרשב"א אלא לפי שאינו מצוי להשתמש באותו כלי בדבר מועט · וכל דבר שאינו מצוי אין חוששין לו · ומה ענין זה לקדירה ב"י ושאינו ב"י שאדם עשוי לבשל בזו ובזו עכ"ל · מ"מ הכא אסור מדרבנן אף לדעת הב"י · דכיון דאם אשביה בבשר בחלב אף שהוא פגום שמעורב בו אפר אסור מן התורה · נמצא דיכול לבוא לידי איסור דאורייתא בהבשיל שמבשל בכלי שהוחם בו מים ואפר לחפיפת הראש · וכיון שיכול לבוא אף בהבשיל זו לידי איסור דאורייתא · לכן אסור מדרבנן אף היכא דלא אשביה · אף שנוכל לומר שהוא חששה רחוקה · שיאכל במתכוון תערובות בב"ח · לפי דעת הרשב"א דמיקרי אשביה אליביה היכא שרוצה לטעום טעם בשר בחלב אף שהוא פגום · מ"מ אסור מדרבנן לכתחלה להשתמש בכלי זה עד שיגעיל כיון שבאותו תבשיל יכול לבוא לידי איסור דאורייתא · דהיינו אם אשביה · ומה דמיירי הב"י שם לא יכול לבוא באותו תבשיל לידי איסור דאורייתא · כיון שעכשיו היתר מרובה · רק דליגזור אטו שמא יבשל פעם אחרת ויהיה היתר מועט ויבוא לידי איסור דאורייתא · זה לא גזרינן שהוא חששה רחוקה כמו שכתב הב"י · וגם תבשיל אחר · לכן ציוה מהרי"ל להגעיל לכתחילה הכלי שמחמין בו מים עם אפר לחפיפת הראש · אבל בדיעבד אם לא הגעיל הכלי ובשל בו מותר התבשיל · דלא עדיפא גזירה זו מגזירה שגזרו חכמים שלא לבשל בכלי שאינו ב"י אטו ב"י · דמותר התבשיל בדיעבד וגם סברתי שכתבתי לעיל שייך גם כאן דבטל ברוב · כיון שאין איסורן שוה בכל. דשאר נט"ל מותר · ודמי לביטולי עכו"ם שבטל ברוב כמו שכתבתי לעיל באריכה בע"ה · וגם ניחא הקושיא מה שהקשה הכרתי ופלתי. למה לא חשש מהרי"ל על איסור בב"ח · כיון דלא אשביה · ואף אם תאמר דהא עכ"פ אסור מדרבנן אף היכא דלא אשביה בבשר בחלב · מ"מ ליכא איסור בישול בשר בחלב אף מדרבנן · כמ"ש השו"ע ביו"ד בסימן (פ"ז סעיף ג') דבשר חיה ועוף אפילו בחלב טהורה מותר בבישול ובהנאה · ואף באכילה אינו אסור אלא מדרבנן · ולאו דוקא בשר עוף אלא כל מה שאינו אסור רק מדרבנן בבשר בחלב · מותר בבישול · (עיין בחידושי רע"א סק"ג ועיין שם בט"ז סק"ו ובש"ך סק"ו י"ז) · ועוד נראה לי לתרץ הא דלא חשש מהרי"ל על איסור בשר בחלב דכיון דלא מכוון לבשל הבשר בחלב דאינו צריך המים והאפר רק לחפיפת הראש · מבו"ה מותר · אף דהוי פסיק רישי' · מ"מ כיון דאינו נהנה מהבשר בחלב מותר · דהתוס' בע"ז (דף ס"ה ע"ב) ד"ה הבגד וכו' · דכתבו דכלאים דכל עיקרו אינו אוסרין אלא ע"י עירוב · שהרי שניהם היתר לבד הוסר עירובו ולא בטלי · וא"ת והרי בשר בחלב דכל אחד להוד שרי ועירובו אסור ואפה"כ בטל כדאמרינן פרק כל הבשר (דף ק"ט) טיפת חלב שנפלה על חתיכת בשר אם יש בנותן טעם וכו' · וי"ל דשאני בשר בחלב דגלי קרא בהדיא דבטיל כדאמרינן התם דרך בישול אסרה תורה עכ"ל · ונראה ברור דצריכין לדברי התוס' על הא דאסרה רחמנא לבשל בב"ה דזה דוקא אם יש טעם בשר בחלב הוא דאסור לבשל · אבל בלא טעם כגון אם נתערב משהו של חלב בקדירה של בשר בודאי מותר לבשל · דאינו עולה על הדעת דאף שמותר באכילה יהיה אסור לבשל · דלכאורה קשה קושיות התוס' דמאיזו טעם יהיה בטל · דהא כלאים לא בטיל · וצריכין לומר

לומר כתירוץ התוס' דדוקא דרך בישול שיש בה טעם בשר בחלב · הרי חזינן אף שמצד הסברה היה נראה דאסור לבשל · אף אם נתערב משהו של חלב בקדירה של בשר · כמו גבי כלאים דלא בטיל · אפילו הכי לא אסור לבשל רק בנתינת טעם · דיהיה ראוי להנות מתערובתן של הבשר בחלב כשנאכל · וכיון דהקפידה התורה שיהא ראוי להנות מהבישול בשר בחלב · ממילא מובן דדוקא כשמתכוון לבשל דכיון שכונתו לכך נהנה בעת שמבשל · שיטעום אח"כ טעם בשר בחלב · אבל אי אמרינן דאף אם לא מכוון לבשל שלא נהנה כלל · ג"כ אסור למה צריכין לנתינת טעם · דכיון דאין צריכין שיהיה נהנה · ואף בלא נתינת טעם ג"כ לא בטיל המשהו של חלב שנפלה לתוך קדירה של בשר · כמו גבי כלאים דלא בטיל · ולכן לא הקשה מהרי"ל על איסור בישול בשר בחלב כיון שאינו מכוון להנות מבשר בחלב · שצריך רק לחפיפת הראש · ונראה לי דאפילו לדעת רש"י בשבת (דף ע"ה ע"א) שסובר · דהא דמודה ר' שמעון בפסיק רישיה היינו במאי דלא איכפת ליה ליה אי מיתרמי ומיהו אכיוונו לא מכוון · אפילו גבי חיובי דשבת · ולפי דעת הארוך שהובא במג"א (סימן ש"ך ס"ק כ') דסובר דפסיק רישיה דלא ניחא ליה מותר · גבי איסורא דשבת מ"מ בשאר איסורין מודה דאסור · מ"מ באיסור בשר בחלב בבישול מודי תרווייהו · דלא מיקרי פסיק רישיה רק היכא דניחא ליה וכה"ג · וכעין זה אנו אומרים דלא תקשי על דעת רש"י והארוך מהא דמוכרי כסות מוכרין כדרכן ובלבד שלא יתכוונו בהמה מפני החמה · ובגשמים מפני הגשמים · כדאיתא בכמה מקומות ואחד מהם בשבת (דף כ"ט ע"ב) · דמשמע אם אינו מתכוון מותר אף דלא איכפת ליה אי מהרמי · מ"מ מותר אף דהוי פסיק רישיה · ולרש"י והארוך בשאר אסורין אסור · והתוס' בשבת שם כתבו דמיירי באופן דלא הוי פסיק רישיה די"ל דגם בכלאים אם אינו נהנה מותר כמבואר ברש"י פרק ט' דכלאים במשנה ד' (ועיין בי"ד סימן ש"א סעיף י"ד) ועיין בספ"ק דבילה וגם עיין בתוס' שם ובהר"ן שם ודו"ק · וראיתי להגאון ר' עקיבא איגר בהידושיו (סימן פ"ז אות י"ד) שכתב דגבי איסור בישול בשר בחלב אם אינו מתכוון ולא איכפת ליה אם מיתרמי · תליא בפלוגתא דהארוך ובעלי תוס' בשבת (דף ק"ג) · ולפענ"ד נראה דגם הארוך מודה דגבי איסור בשול בשר בחלב אם לא איכפת ליה מותר · דבעינן דווקא שיהיה ניחא ליה · ואי אמרינן אין בישול אחר בישול בבשר בחלב: בודאי לא קשה על מהרי"ל מה שלא חשש על איסור בשול בשר בחלב · בזה הוא מחלוקת בין אחרונים :

זאת תורת העולה מהקבוץ זה

א דין כ"ע בר כ"ע בשאר איסורין אינו אסור רק מדרבנן וכ"מ אם נספק ואינו יודע אם היה בו ששים אם לאו דמותר :

ב דין כ"ע בר כ"ע בבשר בחלב אם לא היה פגום אסור מן התורה · ואם נספק ואינו יודע אם היה בו ששים אם לאו אסור דהוה ספיקו דאורייתא :

ג דין כלים שאין ב"י אסורין להשתמש בהן אף שהוא הפסד גדול כגון שהן מרובים · דלא כדעת מהרלב"ח · שכן מוכח מהרשב"א · ומה שמביא ראיה מהר"ן אינה ראיה כמה שכתוב בפנים :

ד דין אף שאין בתבשיל רוב נגד הכלי שאינו בן יומא ג"כ מותר התבשיל · אי הטעם כמש"כ הרשב"א שם בבית רביעי שער ראשון (דף ק"ט) עי"ש · או הטעם כמש"כ בפנים משום דהוא מילתא דלא שכיחא לא גזרו ביה רבנן :

ה דין בבשר בחלב היכא דלא אחשביה אף אם עירב בו משהו של איסור בב"ח והוא שלא כדה"כ כגון אם עירב בו דבר מר · כמש"כ הרמב"ם ולא היה בו ששים אינו אסור רק מדרבנן · וכ"מ אם נספק וספק אם היה בו ששים או לאו · דמותר דהוה ספק דרבנן · ומה שאוכל בתערובות לא מיקרי אחשביה כמו שמבואר בפנים · עוד יש נפקא מינה לחולה שיש בו סכנה אף דמותר ליתן לו דבר איסור אף איסור דאורייתא · מ"מ אם די להאכילו לחולה זה שיש בו סכנה וליתן לו דבר זה · אסור ליתן לו דבר שהוא אסור מן התורה · כדקי"ל מאכילין אותו הקל הקל · ולדעת ראבי"ה ומרדכי ואגודה הובא בש"ך בי"ד (סימן קנ"ה ס"ק י"ד) דמותר ליתן לחולה שאב"ס דבר שאסור שלא כדה"כ כיון שאינו אסור רק מדרבנן · ה"ה דמותר ליתן בשר בחלב שלא כדה"כ · דלא מיקרי אחשביה רק כשאומר שהוא רוצה ליהנות מן האיסור אף כשהוא פגום · ומה שהקשה הבעל שאגת אריה על דברי הש"ך אלו עיין בדברינו לקמן בפרח שאחר זה :

ו דין היכא דאחשביה בשאר איסורין כגון שאכלו במתכוון דמיקרי אחשביה בדרך זה אסור לאוכלה אף אם נפסלה מאכילת כלב כמו שמבואר באו"ח סימן תמ"ב · וכן הסכימו כל האחרונים · אף שספרי מגדים במשבצות זהב (ס' ק"ג סק"א) הביא בשם הפרי חדש דליכא איסור רק משום בל תשקצו · וכ"מ שאסור לבטל לכתחילה · ולפי הפ"ח מותר לבטל לכתחילה כמ"ש בפ"מ שם · לפי דעתי נראה כמ"ש · ומי שיבא להורות דין זה יעיין מקודם בספר פ"ח אולי ימצא סתירה לדברי · שוב ראיתי בפרי חדש באו"ח (סימן תמ"ב אות ט') מתחלה כתב דמשמע מדברי הרמב"ם פי"ד מהלכות מ"א דנבילה מוסרחת אסור מדרבנן · וכ"כ לכאורה דהא לא שריה נע"ל אלא בדיעבד שנתערב בתבשיל כדי שלא להפסיד ההיתר · ומיהו זה יש לדחות דשאני נבילה דנפסדה לגמרי · ואח"כ הביא שם ראיה מ"פ אין מעמידין ההרצנים והזגין של נכרים יבשין מותרים · ואמר רבי יוחנן התם דמותרין אפילו באכילה משום דעפרא בעלמא הוא ולפענ"ד איני מבין ראיתו ואדרבא משמע איפכא · דאיתא בירושלמי סוף פרק ראשון דדמאי והתני קלור של עכו"ם אסור בהנאה שניא הוא דכתיב לא ידבק בידך מאומה מן החרם · מה בינן לשמרים של נכרי אלו שמרים של נכרי שמא אינן אסורין בהנאה הא שמרים שיבשו אין בהם משום הנאת ע"א עכ"ל הירושלמי · ופירש שם המפרש דלאחר י"ב חודש אפילו כל שהוא ליכא שכבר נתייבש כל הלחלוחית יין שבהן מאח"כ הכא · והירושלמי זה הובא בביאור הגר"א ביו"ד סימן קכ"ג בשם הראשונים · הרי חזינן דלאחר י"ב חודש לית בה אפילו כל שהוא מן היין · ומשו"ה מותרין אפילו באכילה · משא"כ הפת שעיפשה ונבילה שנפסלה מאכילת כלב דנשאר הטעם ממה שהוא רק שנפסלה ואינו ראוי אפילו לאכילת כלב · לכן אסור באכילה מדרבנן · וביותר לפי מה שכתבו התוס' סוף תמורה בד"ה הנשרפין · דהא דאפרן של עיר הנדחת אסור אף דקיי"ל בכל הנשרפין אפרן מותרין · משום דכתיב לא ידבק בידך מאומה מן החרם וכשנשרף בודאי לא נשאר אפילו ריח איסור · אפ"ה אפרן אסורין כיון דנתהווה מעכו"ם : דכתיב לא ידבק בידך מאומה מן החרם · ושמרים שיבשו מותרין הן לדעת ר"ת לאחר שנהמדו במים · וכן לשאר פוסקים אפילו לא נתמדו במים · הרי חזינן דבשמרים לית בה מאומה מן העכו"ם יותר מן האפרן · דבאפרן כתבו התוס' דאית בה מאומה · ובשמרים איתא בירושלמי דלית בה מאומה · וכשנשרף בודאי כלה הטעם לגמרי · מכ"ש בשמרים שיבשו כלה הטעם לגמרי · הן לדעת ר"ת הן לדעת שאר פוסקים · ומש"ה אמר רבי יוחנן דמותרין אף באכילה · אבל היכא דנפסלה אפילו מאכילת כלב דלא כלה הטעם לגמרי · רק דאינו ראוי אפילו לכלב אסור באכילה · לפ"ז מוכח מכאן איפכא · דהא דקאמר ר"י כשאסורין אסורין בהנאה · זה קאי על החרצנים ושמרים שיש בהן לחלוחית יין דזה מילתא דפשיטא דאסורין בהנאה · כיון דיש בהן לחלוחית יין · אלא וודאי דמשום סוף דבריו אמר לה · דלבסוף אמר כשמותרין מותרין אפילו באכילה · דהוה אמינא כיון דאחשביה ואוכלו במתכוון אסור עכ"פ מדרבנן · משמיענו רבי יוחנן דמותרין אפילו באכילה ואפילו מדרבנן · שמעינן מהא דכיון דאשמועינן ר"י רק היכא דכשנתייבש וכלה כל האיסור הוא דמותרין באכילה · אבל בעלמא היכא דנפסלה אפילו מאכילת כלב · דלא כלה כל האיסור · רק שבאופן זה התירה התורה · אסור לאכול · דאי לא תימא הכי הוה ליה לר"י לאשמועינן רבותא יותר אפילו היכא דנפסלה מאכילת כלב ·

כגון

כגון נבילה או חמץ מותר ג"כ באכילה · וכי תימא דאשמועינן ר"י דאפילו גבי עכו"ם דחמיר אפ"ה מותר באכילה : דכיון דמותר בהנאה לית בה אפילו אתומה מן העכו"ם · משיכי תיתי יהיה חמור זה משאר איסורין · וראיה אחרונה שכתב הפ"ח איני מבין אותה כלל וכלל עיי"ש :

ז דין אם נפלו קמח של קטניות או של אורז בתבשיל בפסח בטל במחצה על מחצה שלא כדברי החק יעקב :

ח דין חמץ נוקשה בערב פסח מתחלת שעה ששית עד סוף שעה ששית בטל במחצה על מחצה כיון שהוא תרתי דרבנן :

ט דין בבשר בחלב היכא דלא אתשביה · אפ"ה אסור מדרבנן אם נהנה שלא כדרך הנאתן · דגזרינן לא אתשביה אטו אתשביה כדין שאר בשר בחלב שאסור בהנאה :

י דין בשאר איסורין היכא דלא אתשביה · מותר לכתחילה להנות מן הכלי שאינו בן יומא אף שאסור לבשל לכתחילה תבשיל מ"מ מותר להנות שלא כדרך הנאתן אם הוא דבר שאסור בהנאה כגון חמץ בפסח · לבד מבשר בחלב · כמ"ש המג"א וגם הש"ך מודה לזה כמבואר בפנים :

יא מה שנוהג מהרי"ל להגעיל הכלי שמחממין בו מים לחפיפת הראש עם אפר כירה שמעורב בהן בשר בחלב הוא רק לכתחלה · דלכתחלה אסור להשתמש בה בלא הגעלה · אבל בדיעבד אם בשל בה בלא הגעלה מותר :

יב מה שמבואר בשו"ע או"ח סימן תמ"ב סעיף ז' גבי שבשידקי עריבה אם יש כזית במקום אחד חייב לבער · ואם לאו אם היו עשוי להזק בו שברי העריבה · או לסתום בו נקב בטל במיעוטו ואינו חייב לבער · היינו דווקא דבר שדרך שאר בני אדם לעשות כן לבטל אוכל באופן זה · אבל היכא דאין דרך שאר בני אדם לעשות כן · אינו יכול לבטל אוכל שלא יהיה נקרא שם אוכל עליו · ומחוייב לבער כמבואר בפנים :

יג דין אם אינו מכוון לבשל הבשר בחלב אף דהוי פסיק רישיה · מ"מ מותר כיון דלא ניחא ליה · ומה שאסור לחתות תחת הקדירות של עכו"ם כמבואר ברמ"א ביו"ד סימן פ"ז · התם הוא מכוון לבשל · כיון דמחתה מכוון שיבושל אף אם יהיה בשר בחלב בתוך הקדירה · או שהקדירה בוודאי בלוע מבשר בחלב · וכשיחתה יבשל הבלוע בקדירה · (עיין בש"ך שם סקי"ח) שכתב שם מיהו בשר בחלב לאו דווקא אלא ה"ה שאר דברים דזיל בתר טעמא · פירש אף אם העכו"ם מבשל שאר דברים אסור להתות · דהקדירה בלוע מבשר בחלב · עיין בכו"פ שם (בס"ק י"ג) בסופו · ומה שהקשה הגאון ר"ע איגר בחידושיו שם באות י"ד אינו מובן לי לפי מה שכתבתי :

יד דין אם אינו מתכוון ללבוש כלאים אף שהוא פסיק רישיה · כיון שאינו נהנה כגון שלבוש מלבושים אחרים להגן עליו בחמה מפני החמה ומפני הצינה · כמבואר בתוס' שבת (דף כ"ט ע"ב) בד"ה ובלבד · מותר כיון שאינו נהנה · אף לשיטת רש"י והערוך כמבואר בפנים :

פרח יב אות א

ועוד קשה לי לפי מה שכתב הבעל כו"פ (סימן פ"ז סק"ו) דלרבי יוחנן דפסחים (דף כ"ד ע"ב) יליף דנט"ל מותר נבלה יאכל · כיון דבעינן דרך אכילתן נט"ל ג"כ מותר · ורבי שמעון דסובר (בפירושים הקדמונים) כל שהוא למכות סובר דהיו לוקין אף שלא כדרך אכילתן לפי דעת מהר"י בן לב ומהרש"ל · לכן יליף ר' שמעון דנט"ל מותר מנבילה שאינו ראויה לאכילה והבאתיו בפרח הקודם · הא ר' יוחנן סובר דחצי שיעור אסור מן התורה · א"כ יהיה הדין דנט"ל ג"כ אסור מן התורה · דהא חצי שיעור ושלא כדרך הנאתן ונט"ל חדא מילתא לפי דעת הכרתי ופלתי · עיין בפרח הקודם שהבאתי שם את לשונו · ור' יוחנן סובר נט"ל מותר · אלא ע"כ דגם רבי יוחנן יליף מנבילה כמו דיליף ר' שמעון לפי דעת מהר"י בן לב ומהרש"ל · כמו שכתב הכו"פ לפי דבריהם · וכיוצא בזה הקשה המשנה למלך בפרק חמישי בהלכות שבועות הלכה ה' על התוס' בשבועות (דף כ"ג ע"ב) בדבור המתחיל דמוקי לה וכו' שכתבו על התוס' הזה מהרש"ל ומהר"י בן לב דלר' שמעון דמחייב בכל איסורין בכל שהוא · הוא הדין דמחייב שלא כדרך הנאתן · ומדבריהם שכתבו דר' שמעון סובר כן · הוא אליבא דר' יוחנן · היינו שר' יוחנן סובר שר' שמעון מחייב שלא כדרך הנאתן · וכתב על זה המשנה למלך ודבריהם הם תמוהים בעיני · דהיכי מצינן למימר אליבא דר' יוחנן דאית לי' דלכל מאן דאית לי' דחייב בכל שהוא · אית לי' נמי דחייב שלא כ"ד הנאתן · והא לדידי' חמור חצי שיעור משלא כדה"נ · דבחצי שיעור איכא איסור תורה · ושלא כדה"נ ליכא איסור תורה · ואפשר לומר בדוחק וכו' · וראיתי בשער המלך בה' יסודי התורה בפרק חמישי הלכה ח' שתירץ על קושיות המשנה למלך הנ"ל דלא קשה מידי · דבשלמא לר' שמעון דס"ל דהיו לוקין על חצי שיעור · איכא למימר שפיר · דה"ה שלא כדרך הנאתן דתרווייהו שוין · אבל לר' יוחנן דאמר חצי שיעור אסור מן התורה · היינו טעמא משום דחזי לאיצטרופי · כדאיתא ביומא ע"ד ואע"ג דהתם מפקינן לה מרבויא דכל חלב הרי כתבו התוס' התם דהאי לאו קרא הוא מקמינן לקרא לרבות כוי · וכן כתב הר"ן בפ"ק דשבועות הביאו הרב הנזכר בפ"ד הלכה ח' דפשיטא לן דלא אסרה רחמנא אלא משום דחזי לאיצטרופי יע"ש · וא"כ דוקא גבי חצי שיעור משום דחזי לאיצטרופי ואתי לאיסור לאו · משום הכי אסור מן התורה · אבל שלא כדרך הנאתן דלעולם לא אתי לידי איסור לאו בשלא כדרך הנאתו · משום הכי אינה אלא מדרבנן · וכן כתב הוא ז"ל בעצמו בהלכות יסודי התורה (דף ג' ע"א) לחלק בין שלא כדה"נ לחצי שיעור · משום דחזי לאיצטרופי עיי"ש וכו' · ולפי ענ"ד נראה דקמה קושיות המשנה למלך במקומה דאם כדברי שער המלך האיך כתבו המהרש"ל ומהר"י בן לב דלר' שמעון דסובר דחייב בכל שהוא · ה"ה דמחייב שלא כדרך הנאתן דלמא טעמא דר' שמעון דמחייב בכל שהוא ג"כ הטעם משום דחזי לאיצטרופי · כמו שסובר ר' יוחנן דחצי שיעור אסור משום דחזי לאיצטרופי מהאי טעמא ג"כ ר' שמעון סובר דחייב בכל שהוא דאם לא תאמר כן לכאורה אין אנו יודעים מהו טעמא דר' שמעון · אלא נראה דטעמא דר' שמעון דמחייב בכל שהוא · משום דחזי לאיצטרופי · וא"כ אף דר"ש מחייב בכל שהוא · היינו משום דחזי לאיצטרופי · אבל שלא כדרך הנאתו · דלא שייך לומר חזי לאיצטרופי · כמו שכתב הבעל שער המלך · אינו מחייב ר"ש שלא כדרך אכילתן · אלא נראה לי דמהרש"ל ומהר"י בן לב אינם מפרשים הפירוש דחזי לאיצטרופי · כמו שמפרש הבעל שער המלך דקאי על האדם האוכל חצי שיעור דאסור מן התורה · משום דחזי לאיצטרופי לאכול עוד חצי שיעור · ויהי' בין הכל כזית ומשום הכי אסור · אלא הם מפרשים משום דהוה אמינא כיון שאין באיסור כשיעור · לאו איסור הוא · ומותר מן התורה · כמו שסובר ריש לקיש באמת דחצי שיעור מותר מן התורה כיון דלית בה כשיעור לית בה איסור · אבל ר' יוחנן סובר דחצי שיעור אסור מן התורה · אף דאין בה רק פחות מכשיעור · מ"מ עומד באיסורו כמו שהי' כשיעור · והטעם מפני מה אסור · משום דחזי לאיצטרופי · פירש שילוף עוד חצי שיעור עם החצי שיעור הזה בודאי אסור · לכן אף פחות מכשיעור מיקרי איסור · והכי דיוקא לישנא דגמרא ביומא (דף ע"ד ע"א) דאיתא התם גופא חצי שיעור ר' יוחנן אמר אסור מן התורה כו' ר' יוחנן אמר אסור מן התורה כיון דחזי לאיצטרופי איסורא קא אכיל כו' · דמשמע מזה דהאי לאו טעמא דחזי לאיצטרופי · היינו אומרים בחצי שיעור לאו איסורא הוא · וכיון דיש לנו הטעם דחזי לאיצטרופי · לכן החצי שיעור מיקרי ג"כ איסורא · כמו שהי' השיעור שלם · דלא כדברי השער המלך · דהחצי שיעור מיקרי אסור אף בלא טעמא דחזי לאיצטרופי · ומה שמצריכין הטעם דחזי לאיצטרופי · דהוה אמינא דמותר לאכלה · משום דלית בה כשיעור · ומשום הכי אמר ר' יוחנן טעמא דחזי לאיצטרופי · דקאי על האדם האוכלה ומטעם זה אסור · הא מיותר לישנא דגמרא איסורא קאכיל · כיון שסבר אמר ר' יוחנן דאסור מן התורה

התורה · דאסור קאי על האדם האוכל · ואמר ג"כ הטעם כיון דחזי לאיצטרופי · ואי"ל למה לי' למימר יותר איסורא קא אכיל · אבל לפי דברינו ניחא · דמה שאמר ר' יוחנן דאסור קאי על האדם האוכל דאסור · ואח"כ אומר הטעם מפני מה אסור · כיון דחזי לאיצטרופי ואיסורא קא אכיל · פירש אף דיש רק פחות מכשיעור · מ"מ שם האיסור על החלב · ומשום הכי אסור לאוכלה · וראי' לדברי דהפירוש דחזי לאיצטרופי כמו שכתבתי מדברי הרב המגיד בפרק א' מהלכות גניבה הלכה ב' על מה שכתב הרמב"ם שם אסור לגנוב כל שהוא דין תורה · וכתב ע"ז ה"ה אסור לגנוב וכו' מפורש פרק ארבע מיתות ודין פחות מפרוטה בממון כדין חצי שיעור באיסורין · וכן כתב הסמ"ע בסימן שמ"ח סעיף קטן א' בביאור יותר אסור לגנוב אפילו כל שהוא · דכמו שחצי שיעורין לענין איסור חלב ודם אסור מן התורה אע"ג דלא היו לוקין עליו · כמבואר במקומו ביו"ד ובא"ח בהלכות יוה"כ · כן חצי שיעור לענין ממון ג"כ אסור מן התורה · אע"ג דלא היו לוקין עליו עכ"ל · ואם הפירש דחזי לאיצטרופי כדברי שער המלך אמאי אסור לגנוב כל שהוא הא לא חזי לאיצטרופי · דאין בידו לגנוב בכל עת · ומה שייך התם חזי לאיצטרופי · אלא ודאי דהרב המגיד והסמ"ע מפרשים אליבי' דהרמב"ם ושו"ע דפסקי דאסור לגנוב כ"ש משום חצי שיעור אסור מן התורה · דהפירוש חזי לאיצטרופי קאי על האיסור · אף שיש בה פחות מכשיעור מיקרו שם איסור עליו · כיון דחזי לאיצטרופי לצרף עם חצי שיעור אחר · ומשום הכי אסור לגנוב אפילו פחות משוה פרוטה ומשום דאף דאין בה רק פחות משוה פרוטה · מ"מ שם ממון עליו כיון דיכול האדם הנגנב ממנו לצרף עד שוה פרוטה · קודם שנגנב ממנו · ומיקרי שם ממון עליו · ומשום הכי אסור לגנוב אפילו כ"ש · אלא מוכח דהפירוש דחזי לאיצטרופי כדברי הוא :

לכן נראה לפי ענ"ד לפשוט ספיקותי' של הגאון ר' עקיבא בכתביו בסימן קנ"ד שכתב שם · ואולי יש לומר דהא דחצי שיעור אסור היינו בעוד שהאיסור בעין בכזית בזה שייך חזי לאיצטרופי לשיעור שלם · אבל באכלו ושייר חצי שיעור דליכא שיעור בעולם · ולא שייך חזי לאיצטרופי מותר לאוכלו · ויהי' מזה דין חדש דבסוף יום אחרון דפסח או סוף יוה"כ בענין דליכא שהות לאכול כזית · יהי' מותר לאכול חצי שיעור וצ"ע לדינא ע"כ · וכהאי גוונא כתב הגאון בעל נודע ביהודא בתשובותיו במהדורא תניינא בחלק או"ח סימן נ"ג · ולפי ענד"כ דאסור לאכול חצי שיעור אף בכהאי גוונא · דכיון דהוכחתי דמהרש"ל ומהר"י בן לב מפרשים הפירוש דחזי לאיצטרופי · דקאי על האיסור שיש בה פחות מכשיעור דיש עליו שם איסור · כיון דחזי לאיצטרופי · וגם כתבתי שגם הרב המגיד והסמ"ע מפרשים כן אליבי' דהרמב"ם ושו"ע · א"כ בודאי אסור אוכל פחות מכשיעור בסוף יום אחרון ש"פ או בסוף יוה"כ בענין דליכא שהות לאכול כזית · דכיון דעל המאכל שיש בה פחות מכשיעור · יש שם איסור עליו ביום הזה · דחזי לאיצטרופי עד שיהי' שיעור שלם · ובשיעור שלם בודאי יש שם איסור עליו · כמו כן יש ג"כ שם איסור על פחות מכשיעור שאין אנו הולכים אחר אדם האוכל פחות מכשיעור דיהי' מותר · כיון שאין שהות לאכול השיעור שלם · אלא אנו אומרים כיון דיש שם איסור אף שהוא פחות מכשיעור · לכן אסור · ולפי מה שכתבתי ניחא קושיות הלחם משנה על הרמב"ם שהקשה בפרק א' מה' גזילה ואבידה הלכה ב' דאם כן מה שהקשו בסנהדרין (בדף נ"ט) גבי מה שאמרו מי איכא מידי דלישראל שרי ולעכו"ם אסור והרי פחות משוה פרוטה · ותרצו התם משום דלאו בני מחילה נינהו ע"כ · והשתא מה הקשו הא בישראל נמי איכא איסורא בפחות משוה פרוטה כדמשמע בתירוצא דרב פפא וכדפסק רבינו ז"ל · ואי משום דאיכא מיתה בפרסי ובישראל ליכא אלא איסורא בלחוד · בשוה פרוטה נמי המיר עכו"ם מישראל · דבישראל ליכא אלא לאו ובפרסי איכא מיתה · ולא אמרינן אלא דוקא דליכא מידי דלישראל שרי ולעכו"ם אסור · אבל כיון דאסור לישראל אין חשש בזה · ואי כפשטה דשמעתא קך קושיא איכא לתירוצא · דהך סוגיא אתיא דלא כרב פפא · דהא דחו שם דברי רב פפא ותירצו לכותש שכר שכיר וסבירא לי' דבישראל פחות משוה פרוטה אפילו איסורא ליכא · אבל בדברי רבינו ז"ל ליכא לתירוצי הכי · דאי אפשר לומר כן · דהא איהו פסק כרב פפא · משמע דהאי דינא דרב פפא אתיא לפי המסקנא · ותירץ הלחם משנה שם דמ"מ פריך כיון דיש חילוק בין פרוטה לפחות משוה פרוטה בישראל · ובפרסי לא · א"כ הרי חמור פרסי מישראל ע"כ · מלבד מה שכתב בעצמו שתירוצו דחוק כמו שמבואר שם · גם התוס' בחולין (דף ל"ג ע"א) בד"ה אחד כו' כתבו ויש לומר דמ"מ אבר מן החי דידהו אסור משום דבעיא שחיטה · אע"ג דכותי אסור במשהו בשר גידים ועצמות · וישראל לא מיתסר אלא בכזית : הא אמר ר' יוחנן בחצי שיעור אסור מן התורה כו' עכ"ל : אלמא דלר' יוחנן דאמר חצי שיעור אסור · אע"ג דלישראל ליכא איסורא בעלמא · ובעכו"ס מחייב מיתה על חצי שיעור · תו ליכא להקשות דמי איכא מידי דלישראל שרי ולעכו"ם אסור · כיון דלישראל על כל פנים אסור · וכיון שכן מבואר בתוס' · א"כ ליכא לתירוצי על הרמב"ם תירוץ הלחם משנה הנ"ל · כיון דהתוס' אתנו בסברתו וכתבו היפך מזה · לכן דוחק גדול הוא לומר שהרמב"ם יסבור סברה כזו · ולפי מה שכתבתי דהפירוש דחזי לאיצטרופי קאי על האיסור · דהוה אמינא · כיון דליכא באיסור פחות מכשיעור לאו שם איסור עליו · וכן גבי גזל בפחות משוה פרוטה לאו שם ממון עליו ומותר לגוזלה · לכן אמר ר' יוחנן כיון דחזי לאיצטרופי הפחות עד שיעור שלם · לכן שם איסור עליו ואסור לאוכלו · וכן גבי גזל פחות משוה פרוטה · כיון דחזי לאיצטרופי עד שוה פרוטה שם ממון עליו ואסור לגוזלה · אך זה הדין דוקא בגוזל · אבל בעושק אינה אסור מן התורה אם עשקו בפחות משוה פרוטה דחילוק רב יש ביניהן · דבגזל מבואר ברמב"ם בפרק ראשון מהלכות גזילה ואבידה הלכה ג' איזהו גזל זה הלוקח ממון האדם בחזקה כגון שחטף מידו מטלטלין · או שנכנס לרשותו שלא ברצון הבעלים · ונטל משם כלים · או שתקף בעבדו או בבהמתו ונשתמש בהם · או שירד בתוך שדהו ואכל פירותיה · וכל כיוצא בזה הוא גזל · כענין שנאמר ויגזול את החנית מיד המצרי · ואיזהו עושק מבואר שם בהלכה ד' כגון זה שבא ממון חבירו לתוך ידו ברצון הבעלים · וכיון שתבעוהו כבש הממון אצלו בחזקה ולא החזירו · וכגון שהיו לו ביד חבירו הלואה או שכירות · והוא תובעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה · ועל זה נאמר לא תעשוק את רעיך כו' עכ"ל · לכן בעושק פחות משוה פרוטה אינה אסור מדין תורה · דכיון דהפחות משוה פרוטה אינה גבי שכיר אלא הוא ביד בעל הבית · וכיון דאינה ביד השכיר · לא שייך בה לומר דיש בה דין ממון · כיון דחזי לאיצטרופי עד שיהי' שוה פרוטה · כיון דאינה ת"י השכיר אלא ביד בעה"ב · ואין עליה שם ממון של שכיר · דאם עשקו בעה"ב שיהי' אסור · אבל גבי גזל כיון דהפחות משוה פרוטה הי' ביד הנגזל והוא יכול לצרף עד ש"פ · לכן שם ממון עליו שהוא של נגזל · לכן אסור לגזול מאתו מן התורה · וזה מדוייק בלשון הרמב"ם בהלכה ב' שם שכתב ואסור לגזול כל שהוא דין תורה · אפילו עכו"ם עובד ע"א אסור לגוזלו או לעושקו · ואם גזלו או עשקו יחזיר עכ"ל ומדכתב הרמב"ם באסור לגזול אפילו עכו"ם ולעושקו · שאחד לגוזלו ואחד לעושקו אסור · וגבי לגזול כל שהוא לא כתב אלא גזל ולא עשק · מדפתח רק בחדא גבי כל שהוא בגזל · וסיים בתרתי גזל ועשק גבי עכו"ם · משמע דגבי כ"ש אסור רק גבי גזל ולא לגבי עושק · אבל לגבי עכו"ם אסור שניהם גזל ועשק · וראי' ברורה לדברי מגמרא ע"א (דף י"ט ע"ב) על המשנה הגיע לכיפה מקום שמעמידין בה עכו"ם אסור לבנותה ואמר ר' אלעזר א"ר יוחנן אם בנה שכרו מותר פשיטא וכו' אמר ר' ירמי' לא נצרכא אלא לעכו"ם עצמה הניחא וכו' אלא אמר רבה בר עולא ל"צ אלא במכוש אחרון · עכו"ם מאן קא גריס לה גמר מלאכה · ואימת הוי גמר מלאכה במכוש אחרון · מכוש אחרון לית בה שוה פרוטה ·

אלמא

אלמא קסבר ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף עכ"ל הגמרא · ולכאורה קשה הא ר' יוחנן ס"ל דחצי שיעור אסור מן התורה ולכן גבי גזל פחות משוה פרוטה ס"ל להרמב"ם דאסור מד"ת מטעם זה. והאי אמר רבה ב"ע דטעמא דר' יוחנן משום דלא הוי שוה פרוטה · לכן אם בנה ס"ל לר' יוחנן דשכרו מותר: הרי ס"ל לר' יוחנן דחצי שיעור אסור מן התורה *):

אלא מוכרחין אנו לומר. כיון דאין ביד השוכר עכו"ם לצרף הפחות מש"פ עם פחות משוה פרוטה אחרת מעכו"ם · דדלמא לא יתן לו עוד עכו"ם לבנות · ולכן אם בנה מותר · כיון שאין בה שוה פרוטה · והכי נמי גבי עשק כיון שהפחות משוה פרוטה הוא ביד בעה"ב ולא ביד השכיר · לכן אין דין ממון עליו · כיון דאין השכיר לא יכול לאיצטרופי · דאין בידו הפחות מש"פ לכן אינה אסור מן התורה לעושקו ·

הגה"ה

*) ואף שכתב' התוס' שבד"ה מכוש וכו' דשכר מכוש אחרון לא מיקרי שכר עכו"ם ע"ש מ"מ נ"ל דכונת התוס' הוא דהשכר מכוש אחרון · אין לו דין שכר עכו"ם דיהא אסור ליהנות אף בפחות מש"פ משום לא ידבק וכו' אבל מ"מ לא גרע משאר איסורי שכר הנאה דא"כ תירוץ התוס' אינו מובן דהא מ"מ יכול העכו"ם ליתן לו שכר מכוש אחרון רק דכונת התוס' דשכר זה לא מיקרי הנאה מעכו"ם ודמי לשאר שכר איסורין וכן מדויק בלשון התוס' ודו"ק ורא' לדברינו מתוס' שבת (דף ק"ו ע"א) ד"ה חוץ וכו' ויעוין היטיב ותבין:

ולפ"ז ניחא מה שהקשה הלחם משנה על הרמב"ם · כיון דפסק דאסור לגזול כל שהוא מדין תורה · אמאי פריך בגמרא בסנהדרין שם הרי פחות מש"פ · כיון דלהרמב"ם גם גבי ישראל אסור לגזול כ"ש · אבל לפי דברינו יש לתרץ דהא דפריך הגמרא והרי פמש"פ פירש לגבי עשק דאינה אסור מדין תורה לעשוק פמש"פ כדכתבתי · שגם הרמב"ם סובר שגבי עשק אינה אסור מדין תורה פמש"פ · ועכו"ם אסור לעשוק אפילו פמש"פ · כמבואר ברמב"ם בהלכות מלכים פרק תשיעי הלכה ט' וז"ל · בן נח חייב על הגזל בין שגזל עכו"ם בין שגזל ישראל · ואחד הגוזל או הגונב ממון או גונב נפש או הכובש שכר שכיר וכיוצא בו אפילו פועל שאכל שלא בשעת מלאכה על הכל הוא חייב · והרי הוא בכלל גזלן · מה שאין כן בישראל · וכן חייב על פמש"פ · לכן פריך הגמרא שפיר והרי פחות מש"פ בעשק דבישראל מותר ובעכו"ם אסור · ומתרץ הגמרא התם משום דלאו בני מחילה נינהו · פירש לגבי ישראל פחות מש"פ אינה אסור לעושקו · כיון דבני מחילה נינהו על פמש"פ · לכן לית דין ממון עליו · אבל גבי עכו"ם כיון דלאו בנ"מ על פמש"פ · לכן גבי עכו"ם יש דין ממון עליו ואסור לעושקו · ומה שהקשה הנוב"י שם על הרמב"ם שכתב בהלכות חמץ ומצה פרק ראשון הלכה ז' וז"ל האוכל מן החמץ עצמו בפסח כ"ש אסור מה"ת שנאמר לא יאכל כו' עכ"ל למה למד הרמב"ם דהחמץ כ"ש אסור מלא יאכל הלא בכל איסורין הרי הוא אסור בכל שהוא מכל חלב · כדיליף הגמרא ביומא (דף ע"ד ע"א) ולמה ליה להרמב"ם ללמוד גבי חמץ באנפי נפשא וכי כעורה בעיני הרמב"ם הלימוד הגמרא דיומא הנ"ל · וגם הרב המגיד ביאר שם דהלימוד גבי חמץ דאסור בכל שהוא כדאיתא ביומא ח"ש ר' יוחנן אמר אסור מן התורה ר' לקיש אמר מותר וקיי"ל כר' יוחנן · והוא כלל לכל מאכל איסור שבתורה עכ"ל ה"ה · ולדידי קשה טפי ל"ל להרמב"ם ללמוד מלא יאכל · ומזה המציא הנוב"י דין חדש · דאם אכל בסוף יום אחרון ש"פ פחות מכזית · דאין שהות ביום לאכול עד שיעור כזית · אם אנו אומרים הטעם דאסור מכל חלב ומטעם דחזי לאיצטרופי הוא · כיון דאין שהות ביום לאכול עד כזית אינה אסור · ולכן כתב הרמב"ם שאסור לאכול חמץ כ"ש מלא יאכל · כדי להשמיענו שאף בסוף יום אחרון ש"פ שאין שהות לאכול כזית ג"כ אסור · דנפקא ליה מלא יאכל · ולפי פירושי דחזי לאיצטרופי כבר כתבתי דגם זה אסור מן התורה מטעם חזי לאיצטרופי · דגם אם אין שהות ביום לאכול הכזית שייך ג"כ הטעם דחזי לאיצטרופי · וכתבתי שגם הרמב"ם מפרש כפי פירושי · א"כ יפלא קושיות הנודע ביהודה במקומה על הרמב"ם למה יליף בחמץ אסור בכל שהוא מלא יאכל · ולא נקיט דרשת הגמרא דיומא הנ"ל · ונראה לענ"ד לתרץ דברי הרמב"ם · דמשום הכי יליף הרמב"ם מלא יאכל שחמץ אסור בכ"ש · כדי להשמיענו שגם להנות אסור בכ"ש · כיון דנפקא ליה מלא יאכל דאוכל חמץ בכ"ש · ה"ה גבי הנאה אסור להנות מכל שהוא חמץ · דמלא יאכל שמעינן תרתי · אחד איסור אכילה ואחד איסור הנאה · כמבואר בפסחים (דף כ"א ע"ב) ע"ש · לכן גבי כ"ש חמץ ג"כ שמעינן תרתי מלא יאכל דאסור באכילה ובהנאה · ומדרשת הגמרא דיומא שם מכל חלב לא הוה ידעינן בו רק איסור אכילה ולא אסור הנאה · דחלב אף שיש בו כשיעור מותר בהנאה · כמבואר בפסחים (דף כ"ג ע"א) · ומה שלא השמיענו הרמב"ם דאסור להנות מכל שהוא חמץ כיון שזאת כוונתו מה שלמד מלא יאכל · נ"ל דדא ודא אחת היא דממילא מובן זאת כיון דמלא יאכל מוכח דאסור לאכול חמץ כל שהוא · ממילא נשמע דאסור להנות אף מכל שהוא המן דלא יאכל משמע תרתי אחד איסור אכילה ואחד איסור הנאה · וכיון דביארתי דפירש דחזי לאיצטרופי קאי על האיסור · כיון דחזי לצרף האיסור עד שיהיה כשיעור שם איסור עליה · אבל בלא טעמא דחזי לאיצטרופי ה"א כיון דאין בה כשיעור אין שם איסור עליה · כדסובר ריש לקיש לפי האמת:

וכיון שכן דסובר ר"י דחצי שיעור אסור מן התורה · מטעם דחזי לאיצטרופי כפי פירושי · א"כ ה"ה דשלא כדרך הנאתן ג"כ אסור מן התורה · דגם שם אף שהוא שלא כדה"נ כעת שם איסור עליה · שלא פרחה האיסור ממנו בעת שהוא אוכל שלא כדה"נ · כמבואר ביורה דעה (בס' ק"ג ס"ב) שאם פגם האיסור ולבסוף השביח אסור · ולא תימא דפרח האיסור אפילו השביח אח"כ ג"כ מותר · כדכתבתי לעיל בפרח הקודם · וגם כתבתי שם דזה מיקרי שלא כדה"נ דהדא מילתא היא · דנ"ט לפגם ושלא כדה"נ הוא בהדא מחתא · כמבואר באחרונים שהבאתי שם · וכיון דלא פרח האיסור · אף שהוא שלא כדה"נ דאם חזר ותקנו חייב מן התורה · אף שלא כדה"נ שם איסור עליה · והוי כמו חצי שיעור דסובר ר"י דאסור מן התורה · דכיון דחזי לאיצטרופי הוי שם איסור על פחות מכשיעור · לכן מה שכתבו מהרש"ל ומהר"י בן לב דר' שמעון דסובר דחייב בכל שהוא ה"ה שלא כדה"נ · כן הדין לר' יוחנן לדבריהם דאסור בחצי שיעור מן התורה · ג"כ אסור שלא כדה"נ מן התורה · ואין שום חילוק בנייהו לומר דבחצי שיעור שייך חזי לאיצטרופי · אבל לגבי שלא כדה"נ לא שייך זה כדכתב הבעל שער המלך שם · דלפי שכתבתי גם בשלא כדה"נ שייך זה · כמו גבי ח"ש מה שחזי לאיצטרופי שם איסור עליו · ה"נ גבי שלא כדה"נ שם איסור עליו · דאם חזר ותקנו חייב מן התורה · ויכול לתקן שיהיה כדרך הנאתו · וא"כ קמה קושיות המשנה למלך על דברי התוס' וגם נלבה דהאיך כתבו מהרש"ל ומהר"י בן לב דלר' שמעון דסובר דחייב בכל שהוא ה"ה דמחייב שלא כדה"נ · הא התוס' מיירי אליבא דר' יוחנן · ומבואר שם בתוס' דלר' יוחנן מותר שלא כדה"נ מן התורה · ולפי דברי מהרש"ל ומהר"י בן לב קשה כיון דר' יוחנן סובר דחצי שיעור אסור מן התורה ה"ה דאסור שלא כדה"נ:

פרח יב אות ב

ונראה לפי ענ"ד לתרץ קושיות המשנה למלך על מהרש"ל ומהר"י בן לב שיאמר כי הוא זה · דמה שכתבו התוס' דנהי דאוקמי שלא כדה"נ · דאינה אסור אלא מדרבנן · אליבא דר' יוחנן · קאי על אוקימתא דריש לקיש · דמוקי מתניתין במפרש חצי שיעור · כתבו התוס' דנהי דאוקמי שלא כדה"נ · פירש דהחצי שיעור וגם הוא שלא כדרך הנאתו · ולכן כיון דאית בה תרתי חצי שיעור וגם שלא כ"ד הנאתן · בזה מודה ר' יוחנן דאינה אסור רק מדרבנן · כיון דמצרכנן תרי הואיל לאסור מן התורה · אחד · דחצי שיעור דאסור מן התורה כדרך הנאתן · צריכין לטעמו דהואיל דחזי לאיצטרופי · ושלא כדה"נ בשיעור שלם דאסור מן התורה הוא · משום דהואיל דיכול למתק הדבר מר שמעורב בה ויהיה כדה"נ · משום הכי אסור מן התורה · אף שלא כדה"נ · וכיון דכל חדא באנפי נפשה

אסור מן התורה הוא רק משום הואיל · והיכא דהוה בה תרתי חצי שיעור ושלא כדרך אכילתן · אם נאמר דיהיה אסור מן התורה · מצריכין לתרי הואיל · וחדא הואיל אמרינן ותרי הואיל לא אמרינן · וסברא זו דלא אמרינן תרי הואיל · איתא בפסחים (דף ל״ח ע״ב) דאיתא שם חד הואיל אמרינן תרי הואיל לא אמרינן · ואע״ג דמסיק רבא שם משום מעשר חד הוא · מכל מקום נוכל לומר דיש חילוק בין חד הואיל לתרי הואיל לכן אמר דשם הטעם משום שהם מעשר חד הוא · וע״ש ברש״י דמבאר שם סברות רבא · אבל במקום אחר מודה רבא דתרי הואיל לא אמרינן · ועיין בספר המלך (פ״ד מ״ה חמץ ומצה ה״ח) שמסיק שם ג״כ דתרי הואיל לא אמרינן · מתוך סוגיא דכל שעה · וגם הביא שאר אחרונים שהסכימו לזה · ולא תקשה לך על דברינו אף דתרי הואיל לא אמרינן הוא רק בתרי הואיל שאין בידו · אבל בתרי הואיל שיש בידו אמרינן · כדכתב רש״י בד״ה א״ד וז״ל וא״ת בחלת מעשר גופיה נמי תרי הואיל איכא · הואיל ואי לא קרא לה שם · והואיל אי מטמא פריק לה ואית לה היתר במושבות · הכא לא קרינן הואיל דבר שבידו לעשות לגרום לה טומאה מיד ופריק לה עכ״ל · וה״נ הך תרי הואיל · הואיל וחזי לאיצטרופי · והואיל דחזי למתקן אם הוא שלא כדה״נ והוא פחות מכשיעור · בידו הוא להצטרף עד שיהיה שיעור שלם · ולמתקו עד שיהיה כדה״נ ושפיר אמרינן תרי הואיל כזה · דיש לומר דהא דחזינן דפליג ריש לקיש על ר״י דסבירא ליה דאסור מן התורה פחות מכשיעור · משום דחזי לאיצטרופי · דכיון דאכילה אמר רחמנא · ובכמה דוכתא איתא דאמרינן חד הואיל אף שאין בידו · כמבואר בדברינו לעיל ולקמן אי״ה · והכא פליג עליו ריש לקיש · הא חזינן דהכא סברה רחוקה הוא לומר הואיל · כיון דכתב רחמנא אכילה · נמצא דמוכח דהך הואיל דחזי לאיצטרופי גרע משאר הואיל דאיתא בש״ס · וגם הואיל דבידו למתקן אף לפי דברינו שר״י סבירא ליה שלא כדה״נ אסור מן התורה · ומ״מ אינה חייב מלקות לרבנן דר״ש · כיון דכתב רחמנא בלשון אכילה · נמצא דמוכח דגם הך הואיל הוא סברא רחוקה לומר משאר הואיל דאיתא בש״ס · דהמקומות שבש״ס שהבאתי לעיל וגם לקמן אי״ה · בלא הואיל נכתב בפירוש בתורה שלא יצא ידי חובת מלה ואינו חייב בחלה ושאר דברים שאביא אי״ה לקמן · ואפילו הכי אמרינן הואיל · ואמרינן דעל זה האופן לא אמרה התורה · והכא לא אמרינן הואיל ובידו למתקן · והוי דינו כמו שכתב בתורה · אלמא דגרע הך הואיל · לפ״ז תרי הואיל דהכא בודאי לא אמרינן · ועיין בפסחים (דף מ״ו ע״ב ודף מ״ח ע״א) · ולהכי מחייבי רבנן מכיון דמותר מן התורה חל השבועה · ור׳ שמעון דפוטר היינו טעמא משום דמחייב בכל שהוא אף למכות · חזינן דאינה מגרע כחו של כל שהוא · אף דמצריכין טעמא דמשום הכי מחייב בכל שהוא משום הואיל דחזי לאיצטרופי · מ״מ מחייב בכל שהוא · חזינן דדעתו של ר׳ שמעון דחשיב חצי שיעור כמו שיעור שלם · ואינה מגרע כוחו של ה״ש · אף דמצריכין שם לטעם דהואיל [ומה דבעינן שיעור לקרבן הוא רק משום הלכה למ״מ · ומגזרת התורה שבעל פה הוא] ולכן לר׳ שמעון חייב מן התורה בכל שהוא · אף שהוא ג״כ שלא כדה״נ · ואף דמצריכין בזה תרי הואיל · דהכא אין נ״מ לר׳ שמעון לחד הואיל לתרי הואיל · כיון דלר׳ שמעון אינה מגרע כחו מה שמצריכין לטעם דהואיל · והוה כמו שיעור שלם · דהכל חדא אי אמרינן הואיל או לא אמרינן הואיל · ולכן אף דבעלמא מחלקינן בין חד הואיל לתרי הואיל כמבואר בפסחים שם · הכא אין נ״מ דבקל יכול לאיצטרופי לכשיעור ולמתקן שיהי׳ כדה״נ · ג״כ מחייב אף בתרי הואיל · ולכן אינה חל השבועה שנשבע שלא לאכול נבילות וטריפות · אף שהוא כל שהוא ושלא כדה״נ ג״כ פוטר ר׳ שמעון מן השבועה · כיון דמחייב אף בכל שהוא ושלא כדה״נ · הרי מושבע ועומד הוא · אבל לרבנן אליבא דר״י אף דסובר ר׳ יוחנן דחצי שיעור אסור מן התורה · מ״מ אם חצי שיעור הוא שלא כדה״נ מותר מן התורה כדכתבתי · לכן חל השבועה ·

ומשום הכי מחייבי רבנן על השבועה · ונראה לפענ״ד להביא ראי׳ לדברינו והקדים מה שכתב השאגת ארי׳ ס׳ ע״ד על רבינו הטור באורח חיים בסימן תרי״ב · והא דבעינן שיעור · דוקא לחייבו כרת או חטאת · אבל איסורא איכא בכל שהוא · אבל מדבר שאינה ראויה לאכילה כתב אבי העזרי דאפילו איסורא ליכא · ועוד כתב שם אתה משקה שאינן ראויים לשתי׳ כגון ציר ומוריס או חומץ חי פטור אבל אסור אבל חומץ מזוג חייב ע״כ · והקשה הב״י שם לפי הנראה דבריו סותרין זא״ז · דגבי אוכלין שאינן ראוין כתב בשם אבי״ה דאפילו איסורא ליכא · וגבי משקין שאינן ראוין לשתות · התם וכתב דפטור אבל אסור · והירך דהכיא דאבי״ה מיירי בפחות מכשיעור · והכיא דמשקין שאינן ראוין לשתו׳ מיירי בכשיעור ע״כ · וכתב ע״ז השאגת ארי׳ הנ״ל בסימן ע״ד דאם משום דקשה דברי הטור אהדדי אין לנו לבדות חילוקים שאין להם עיקר · ואם איתא לכא מילתא הוה לי׳ למכתב בהדיא ולא לסתום · אבל הדבר ברור דלראבי״ה בין אוכלין בין משקין שאינן ראוין · בתרווייהו ס״ל דפטור ומותר בכל גווני · ולפי מה שכתבתי ניחא · וגם יש לרבנו הטור ראי׳ מבוררת מן הגמרא דשבועות (דף כ״ג ע״ב) דאיתא התם בעי רב אשי נזיר שאמר שבועה שלא אוכל חרצן בכמה דכיון דכזית איסורא דאורייתא הוא וכי קא משתבע אהיתרא קא משתבע ודעתו אמשהו · או דלמא כיון דאמר שלא אוכל דעתו אכזית · וכתבו ע״ז התוס׳ ד״ה אהיתרא ק״מ · אפילו לר׳ יוחנן דאמר ח״ש אסור מן התורה אתיא בעי דר״א דמסתמא כר״י ס״ל דקיימא לן כוותי׳ · והיינו טעמא דכיון דליכא אלא איסורא בעלמא לא חשיב לי׳ מושבע ועומד עכ״ל · ומאוד צריכין להבין דברי התוס׳ · כיון דלר׳ יוחנן עכ״פ פחות מכזית איכא איסורא דאורייתא · היאך נוכל לומר דרב אשי בעיא אליבא דר׳ יוחנן · הא ר״א אמר כי קא משתבע אהיתירא קא משתבע דעתי׳ אמשהו · הא לר׳ יוחנן גם משהו אסור מן התורה · והוה לי׳ לרב אשי למימר בלשון אחר כדכתבו התוס׳ · שיהי׳ האבעיא שלו אליבא דר׳ יוחנן · ומדנקט בזה הלשון משמע דקאי אליבא דריש לקיש · דאמר חצי שיעור מותר מן התורה · והאיך בעי׳ ר״א אליבא דריש לקיש דלית הלכתא כוותי׳ · וגם התוס׳ בעצמם כתבו לשון אפילו לר׳ יוחנן וכו׳ אתי׳ בעי׳ דרב אשי · ולא כתבו בלשון לפרש כדכתבו בהאי נמי : ואביא אי״ה לשונם לקמן דמשמע מלשונם דרב אשי בעיא אליבא דריש לקיש כדכתבתי · אך גם לר׳ יוחנן אתי׳ איבעי׳ שלו באופן אחר ובלשון אחר · ומאוד צריכין להבין האיך נקיט איבעי׳ שלו אליבא דריש לקיש דלית הלכתא כוותי׳ · גם צריכין להבין דלפי פירושם הא׳ דהאיבעי קאי אליבא דריש לקיש · הא אפילו לריש לקיש לא אתי׳ אבעי׳ שלו · דלדידי׳ עכ״פ חצי שיעור אסור מדרבנן והאיך אמר ר״א כי קא משתבע אהיתרא קא משתבע ודעתו אמשהו · הא עכ״פ אסור מדרבנן וכי תימא כיון דמותר מן התורה שייך לומר אהיתרא קא משתבע · אע״פ שאסור מדרבנן · כדאיתא בנדה (דף ל״ד ע״א) כותית שפלטה ש״ז מישראל טמאה ובת ישראל שפלטה ש״ז מן הכותי טהורה · מאי לאו טהורה גמורה · לא טהורה מדאורייתא וטמאה מדרבנן · הרי חזינן אף דטמאה מדרבנן כיון דטהורה מדאורייתא נקיט טהורה התם · ה״נ אע״ג דאסור מדרבנן נקיט אהיתרא קא משתבע · כיון דמן התורה מותר חצי שיעור אליבא דריש לקיש · ולפי זה אתי שפיר איבעי׳ דרב אשי אליבא דריש לקיש · אבל לפענ״ד דזה אינו · דאיתא בגיטין (דף ג׳ ע״ב) ואלא ר׳ מאיר היא · וכי לא בעיא ר״מ כתיבה לשמה מדאורייתא (פירש בגט) מדרבנן בעי · והא א״ר נחמן אומר הי׳ ר׳ מאיר אפילו מצאה באשפה וחתמו ונתנו לה כשר · וכי תימא אנן מדאורייתא קא מתנינן לה · אי הכי אומר הי׳ ר״מ דבר תורה מיבעי לי׳ · ולכאורה קשה מאי פריך הגמרא אי הכי אומר היו ר״מ דבר תורה מבעי ליה הא בגמרא דנדה הנ״ל משני הגמרא משום הכי נקיט טהורה אף דטמאה מדרבנן · כיון דטהורה מדאורייתא · וה״נ א״ר נחמן דלר״מ כשר כיון דכשר מן התורה אף דפסל

מדרבנן

מדרבנן · אך רש"י מאור עינינו תירץ זאת בד"ה אי הכי אומר היה ר' מאיר דבר תורה מיבעי' לי' דהוה לי' לרב נחמן דאמורא הוא לפרושי' למלתא דלא תיפוק מיני' חורבא ולמתני הכי אומר הי' ר"מ דבר תורה אפילו מלא כאשפה וכו' · וא"כ משני הגמרא שפיר בנדה דנקיט טהורה אפילו טמאה מדרבנן דמתניתין היא בטהרות · ואינה צריכה לפרש ונקיט בקיצור · אבל הכא בגיטין דר"נ אמורא וצריך לפרש דבריו · ואם דפסל הגט מדרבנן לא הוה לי' למימר כהם שהוא כשר · וכיון דהוכחנו דאמורא אין לו לאחוז בלשונו לומר כשר או טהור או מותר כיון דמדרבנן פסול או טמא או אסור · א"כ קמה קושיתנו שאיבעי' דר' אשי גם לא אתי' אליבא דריש לקיש כיון דלריש לקיש חצי שיעור אסור עכ"פ מדרבנן למה אמר כי קא משתבע אהיתרא ודעתו אמשהו · הא עכ"פ מדרבנן אסור והאיך אמר ר"א אהיתירא וכו' בשפה · והוי לי' לפרש דמן התורה הוא מותר · עוד כתבו התוס' בשבועות שם · אי נמי לר' יוחנן לפרש אהיתרה קא משתבע · כגון להנות שלא כדה"כ · דקיימא לן כל איסורין שבתורה לא היו לוקין עליהם אלא כדה"כ · ואפילו איסור בעלמא ליכא מדאורייתא אלא מדרבנן · גם הפירוש השני של התוספות ג"כ צריכין להבין כיון דעכ"פ שלא כדה"כ אסור מדרבנן כמעט לכל הפוסקים ראשונים · וגם בתוס' מבואר דאסור מדרבנן · וכהאי גוונא כתבו התוס' בכמה מקומות דשלא כדה"כ עכ"פ אסור מדרבנן · תוס' פ"ק דע"א (דף י"ב ע"ב) בד"ה אלא כתבו הא דאמרינן כל אסורין שבתורה לא היו לוקין שלא כדה"כ · מ"מ איסורא מיהא איכא · וחזרו ושנו בלשון הזה וכתבו אפילו אם תמצא לומר דחיוב ליכא איסורא מיהא איכא · וכן כתבו התוס' בשבועות (דף כ"ג) בד"ה דמוקי · עיין במשנה למלך פרק ה' הלכות יסודי התורה הלכה ח' · והאיך אמר ר"א כי קא משתבע אהיתרא קא משתבע · הא עכ"פ אסור מדרבנן · וביותר צריכין להבין דברי התוס' בשבועות הנ"ל בפירושם השני האיך כתבו דהאיבעי' דר"א נוכל לפרש דקאי אליבא דר' יוחנן · הא בגמרא איתא · כי קא משתבע אהיתירא ודעתו אמשהו · ואם נפרש דמיירי שלא כ"ד הנאתן · משהו וכזית שווין אהדדי · כי היכי דמותר משהו שלא כדה"כ · ה"נ מותר בכזית שלא כדה"כ · ולמה אמר ר"א ודעתו אמשהו · כל"ל ודעתו על שלא כדה"כ · או דילמא כיון דאמר שלא אוכל דעתו על דרך ה"נ · השלא כדה"כ לא מיקרי אכילה · כדאמר ר' יוחנן בפסחים (דף כ"ד ע"ב) אר"א א"ר יוחנן כל איסורין שבתורה לא היו לוקין אלא כדרך אכילתן · ונפקא לי' מדהזכיר רחמנא בלשון לא תאכל עי"ש (בדף כ"ח ע"א) · והגמרא נקט או דלמא כיון דאמר שלא אוכל דעתו אכזית · ואם אשלא כדה"כ לא שנא בין כזית למשהו · ולפי מה שכתבתי ניחא הכל בעזה"י · דפירושם הא' של התוס' לא כתבו זאת רק בדרך לכאורה שנוכל לומר כן · דגם התוס' בעצמם מאנו בפירושם הא' · עיין בתוס' כ"ג ע"ב בד"ה דמוקי וכו' שכתבו דלפירושם קמא קשיא דמ"מ הכי המ"ל · דלא אמר כריש לקיש כיון דסבר חצי שיעור אסור מן התורה · לא משכחת לה הן ולאו · דהיכי משתבע שאוכל חצי שיעור · הא מושבע ועומד מהר סיני הוא · ודברי תורה עני' במקום זו ועשירה במקום אחר · ועיקר דעתם של התוס' על הפירושם השני · דהאיבעי' קאי אליבא דר' יוחנן · ומיירי שלא כדה"כ · ומה שהקשיתי לפי פירוש זה לפי מה שכתבתי לעיל ניחא · דכונת התוס' דמיירי שלא כדה"כ · וגם הוא חצי שיעור · דהגמרא מיירי בחצי שיעור דכיון דאיכא תרתי שלא כ"ד ה"נ וחצי שיעור מותר אף מדרבנן בעיא דרב אשי נזיר שאמר וכו' כי קא משתבע אהיתרא קא משתבע ודעתו אמשהו · כיון דאיכא תרתי משהו ושלא כדה"כ מותר · אפילו מדרבנן כדכתבתי · לכן נשבע שלא לאכול אבל היכא דאיכא איסורא מדרבנן לא היה משתבע שלא לאכול · כיון דעל כל פנים אסור מדרבנן · ומה צריך לשבע עליה כיון דבלאו זה עכ"פ אסור מדרבנן · או דלמא כיון דאמר שלא אוכל דעתו אכזית · ופירוש וגם שיהיה כדה"כ · דלא שייך ליסנא דאכילה אלא בכזית ובכדרך הנאתן כדכתבתי · והגמרא לא

הוצרך לפרש דמיירי שלא כדה"כ ולומר כי קא משתבע אהיתרא קא משתבע ודעתו אמשהו ושלא כדה"כ דאכילת תרתן בלא תערובות מקרי שלא כדה"כ · דלא אכלי ליה אינשי כדאמר הגמרא לעיל · וגם בלא השני דאמר הגמרא דדעתו אכזית אינה צריך לפרש דמיירי כדרך אכילתן · דסמוך על האיבעיא דנקיט לעיל מיניה · דמיירי שאוכלה בתערובות · וע"י תערובות אכלי אינשי · לכן דעתו אכזית וע"י התערובות · ומשום זה לא פירשה הגמרא בב' האופנים דהגמרא סמוך אהאיבעיא דלעיל מיניה · ומתורצים דברי התוספות בלי שום גמגום · וכיון דהוכחתי דהאיבעיא דרב אשי א"א לפרשו · אלא אי אמרינן דבחצי שיעור וגם שלא כדה"כ מותר אף מדרבנן כדכתבתי וגם סברא נכונה שאמרתי מפני זה מותר אף מדרבנן · ופירושם קמא שכתבו התוס' שם לא סמכו בעצמם עליה · כי הקשו במקום אחר על פירוש זה · ועיקר דעתם על פירוש השני · ומזה מוכח דבחצי שיעור ושלא כדה"כ מותר אף מדרבנן · ולפי זה דברי רבינו הטור באורח חיים (סימן תרי"ב) הנ"ל יש להם עיקר בש"ס · שמוכח מהאבעיא דר' אשי כדבריו וכפי שתירץ הב"י שכתבתי לעיל את לשון הטור והב"י · ומה שהקשה עוד שם הפ"א על תירץ הב"י קושיא השני שלו תירץ בעצמו · ומה שכתב שמ"מ אין דרכם של הפוסקים לסתום אלא לפרש · דכמה פעמים מצינו דסמכו על סידורם וקאי אדלעיל ואינם צריכין לפרש · ומה שהקשה עוד אמאי כתב הטור דין פחות מכשיעור גבי אוכלין · ודין כשיעור גבי משקין · ה"ל לכתוב דין פמכ"ש וכשיעור גבי אוכלין ונילף משקין מיניה · אי נמי איפכא ע"כ · יש לומר דר' אבוה נקיט גבי אוכלין דין פחות מכשיעור וגם דבר שאינה ראוי לאכילה מותר · לכן נקיט הטור גבי אכילה דין זה · ודין השני גבי שתה משקין שאינן ראוין לשתיה כו' כתב דין זה דמיירי בכשיעור · ולא קשה דהוה ליה להשמיענו דין זה גבי אכילה · יש לומר דרבינו הטור כלל בדין זה ציר ומוריים וחומץ חי שמבואר במשנה ביומא (דף פ"א) שגם המה אינה ראוים לשתות · ולהכי נקיט הטור גבי שתה משקין · שאם היה נקיט גבי אוכל בככותבת שאינה ראוי לאכילה ה"ל לאשמועינן בבא אחריתא ציר או מוריים וחומץ חי · ולהכי נקיט בסדר הזה בקיצור · ומה שהקשה עוד השגת אריה על רבינו הטור דראבי"ה דמתיר לטעמיה אזיל · דס"ל דכל פטורים האמורים בכל מקום חוץ מאיסורי שבת · דפטור ומותר קאמר · וה"נ משמע ליה להאי פטור דתנן לגבי יוה"כ אגל אוכלין ומשקין שאינן ראוין דפטור ומותר קאמר · והרי דעת התוס' והרשב"א והר"ן והריטב"א אינו כן · אלא דהאי פטור דאמר שלא כדרך אכילתן והנאתן הוי פטור אבל אסור · והאיך כתב רבינו הטור דברי ראבי"ה להלכה · כיון שהכל חולקין עליו · והקושיא הגדולה הזאת על רבינו הטור לא הקשה בפירוש · רק מתוך דבריו הוא מובן בעצמו שמדבריו יהיה קושיא גדולה על הטור · ובאופן זה הקשה על הש"ך שבסימן קנ"ה העתיק דברי ראבי"ה לפסק הלכה · ולא שת לבו אל דברי שאר הפוסקים שהבאתי דהאי פטור בשלא כדה"כ ואכילתן הוי פטור אבל אסור · וכבר כתבתי שכן נראה עיקר והוגה בקושיא · ונראה לפענ"ד ליישב דרבינו הטור והש"ך פירש במרדכי באופן אחר · וז"ל המרדכי על הא דאמרינן בפרק כ"ש כל איסורין שבתורה לא היו לוקין עליהן אלא כדרך אכילתן · למעוטי אוכל חלב חי שבשור · וה"נ לא היו לוקין עליהם אלא כדה"כ · למעוטי שאם הניח חלב של שור הנשקל על גבי מכתו שפטור · וכתב שם המרדכי בשם ראבי"ה דכל איסורין שבתורה שרי לאוכלן שלא כדרך אכילה · או להנות מהן שלא כדרך הנאתן וכו' · והא דנקיט פטור לאו דווקא אלא פטור ומותר · דלאו מפטורי שבת הוא דפטור אבל אסור · מיהו אדם שהוא בריא יזהר בדבר ע"כ · ונ"ל דכוונת המרדכי הוא כך · דחולה שאב"ס מותר לאוכלו · שמרדכי קאי על הגמרא · דאיתא היכא דאמרי א"ל מידי דרך הנאה קא עבדינן · כדאיתא במרדכי בהדיא · והגמרא מיירי בחולה שאב"ס · כמבואר שם בהדיא וע"ז קאמר המרדכי דה"נ ושאר איסורין מותרין · אפילו כאכילה · ס"ל דלחולה שאין בו

סכנה

סכנה מותר אפילו באכילה · ואח"כ מביא ראיה לדבריו דהכי א"ר יוחנן שאם הגיה חלב של שור הנסקל על גבי מכתו שפטור · וכ"ש אוכל חלב חי שפטור כו' · פירש כיון דאמר פטור ה"ה דאפילו איסורא ליכא מדאורייתא · אבל מדרבנן יכול להיות דאסור · וכיון דאינה אסור רק מדרבנן · משום הכי לחולה שאין בו סכנה מותר· אבל לאדם בריא יכול להיות דאסור · ואח"כ אומר המרדכי והא דנקיט פטור · פי' מלשון פטור משמע שהוא פטור אבל איסורא איכא אף מדאורייתא · לאוכלה כדרך אכילתן אף על גב דבגמרא מבואר דחולה שאב"ס מותר · היינו להנות בו שלא כדה"כ · אבל לאכול שלא כדרך אכילתן הוה אמינא דאסור לחולה שאב"ס דפטור · אבל איסורא איכא אף מדאורייתא · אע"ג דגבי פטורי שבת אמרינן דליכא איסורא דאורייתא דאינה רק אסור מדרבנן · היינו דוקא גבי איסורי שבת דשם לא מצינו דאיכא איסורא דאורייתא · אלא היכא שיש בה אזהרת לאו · או איסור עשה · אבל בלא זה לא מצינו שיהיה אסור מדאורייתא · כיון דליכא אזהרת לאו או איסור עשה · ע"כ הוי פטור אבל אסור רק מדרבנן · אבל גבי שאר איסורין דמצינו איסור מדאורייתא בלאו אזהרת לאו או עשה · ואציגה לך אחת כגון חצי שיעור שאסור מן התורה · וליכא בה לא איסור לאו ולא איסור עשה עיין בתוס' שבועות (דף כ"ג ע"ב) בד"ה דמוקי ותמצא כדברי ולהכי הוה אמינא דפטור גבי שאר איסורין פירוש פטור אבל אסור מדאורייתא וגם המשנה למלך (פ"ה מ"ה יסודי התורה הלכה ח') ג"כ רוצה לפרש שלא כדה"נ הוא אסור מן התורה ; ולשנא קמא ס"ל דהני גוהרקי אף שהם זיתים קטנים · מ"מ כיון שיוצא מהן שמן חשוב דרך הנאתן · ומשום הכי אמר אימר דאמר דרבנן וכו' · והשיב ליה דשעת הסכנה הוה · ולאיכא דאמרי הני גוהרקי הוי שלא כדרך הנאתן · ולפי זה כל שהוא כדרך הנאתן אסור לכו"ע בחולה שאין ב"ס · ואפשר עוד לומר דלישנא קמא ס"ל דהני גוהרקי הוי שלא כדה"נ · אלא דס"ל דאף דהוי שלא כדה"נ · מ"מ אסור בחולה שאב"ס · משום דס"ל דנהי דפטור מ"מ אסור מן התורה והוי כדין חצי שיעור שאסור מן התורה ולא היו לוקין עליו · ולישנא בתרא ס"ל דכיון דהוי שלא כדה"נ שרי בחולי שאב"ס · ואפשר דלהאי לישנא אף שהוא אסור מן התורה · מ"מ כיון שאין בו לאו מותר בחולה שאב"ס · לכן אמר המרדכי דלאו מפטורי דשבת הוא דפטור אבל אסור · אלא דבשאר איסורין דנקט פטור · פטור ומותר מן התורה הוא · אבל יוכל להיות דאסור מדרבנן · ומשום הכי סיים המרדכי מיהו אדם שהוא בריא יזהר בדבר · דלפי פירושו של הש"א דפטור ומותר אפילו מדרבנן · מפני מה כתב דאדם בריא יזהר · כיון שמותר אף מדרבנן · אבל לפי דברינו ניחא דאת פשיטא לי' להמרדכי דפטור ומותר מדאורייתא · דלאו מפטורי דשבת הוא · וכיון דנקיט פטור · פטור ומותר הוא · אבל זאת יכול להיות דעכ"פ אסור מדרבנן · לכן כתב שאדם בריא יזהר בדבר · ולא כתב בזה הלשון שלאדם בריא אסור · כיון שמספקא לי' אם אסור מדרבנן או לא · וספיקא דרבנן אזלינן לקולא בכל מקום · ומש"ה לא כתב אסור לאיש בריא · אבל כתב יזהר כיון דעכ"פ מספקא לי' אם אסור מדרבנן או לא · ולכתחילה אסור להכניס עצמו בספק אף שהוא מדרבנן · כדכתב הר"ן בסוף ערבי פסחים · וז"ל אבל מ"מ כ"ז מוכיח שאין הספירה עכשיו אלא מדרבנן · ולפיכך אמרו בתוס' דכיון דמדרבנן הוא · טוב לספור ביום ראשון בספק חשיכה · כדי שיהיו שבע שבתות תמימות לגמרי · ואין זה נכון שיכניס עצמו בספק לכתחילה · ואי משום תמימות אין להחמיר בתמימות בזמן הזה שהיא מדרבנן · טפי מספירה דאורייתא עכ"ל · ולפי דברי הר"ן אלו ישבתי מה שלכאורה קשה בחולין (דף ג') דאיתא סתם אביי אמור ה"ק הכל שוחטין ואפילו כותי · בד"א כשועע"ג · אבל יוצא ונכנס לא ישחוט · ואם שחט חותך כזית בשר ונותן לו · אכלו מותר לאכול משחיטתו וכו' · א"ר ויוצא ונכנס לכתחילה לא והתנן המניח עכו"ס בחנותו וישראל יוצא ונכנס מותר · מי קתני מניח המניח קתני דיעבד עכ"ל · ולכאורה קשה דאף לפי תירוץ הגמרא נשאר אביי בקושיא ·

דאביי סובר דאסור אף בדיעבד בלא חותך כזית בשר · אף שהתוס' כ"ש בד"ה המניח לחד פירושם דלאו לשנויי אליבא דאביי קאתי · וכו' ע"ש · מ"מ צריכין אנו לבאר שהתירוץ יהי' גם אליבא דאביי · כמו בכל סוגיות הש"ס : וגם קשה מאי מדמה הגמרא שחיטה לסתם יינס · דהא גבי שחיטה חיישינן אולי לא שחט יפה הכותי והוי ספק נבילה מדאורייתא · לכן אסר אביי · אבל סתם יינס דאיכא רק איסורא דרבנן אף אם נגע העכו"ס · לכן מותר להניח דספיקא דרבנן לקולא · ומאי מקשה הגמרא מסתם יינס על שחיטה · ולפי דברי הר"ן הנ"ל יש ליישב דהדא קושי' מתורצת בחברתא · דהגמרא מקשה האיך מותר להניח עכו"ס בחנותו · דלמא יגע עכו"ס ביין · אף שהוא ספיקא דרבנן · מ"מ לכתחילה אסור להכניס א"ע אף בספקא דרבנן · והאיך מותר לכתחילה להניח עכו"ס בחנותו · אלא וודאי דברור לנו כיון דישראל יוצא ונכנס מרתת ולא יגע ביין · וא"כ קשה על אביי דהא גם גבי שחיטה אם ישראל יוצא ונכנס ג"כ מרתת וישחט יפה בוודאי בלי שום ספק · ואמאי אסר אביי ביוצא ונכנס · לכן משני הגמרא מי קתני מניח המניח קתני בדעבד · ולפ"ז לא קשה על אביי כלל מהתם · דבשלמא גבי סתם יינס אם הניח עכו"ס בחנותו מותר בדיעבד אם ישראל יוצא ונכנס אף דיש ספק דלמא נגע ביין · מ"מ מותר בדיעבד · דספיקא דרבנן לקולא · אבל גבי שחיטה דלמא לא שחט יפה · אף כשישראל יוצא ונכנס · והוה ספק נבילה מדאורייתא לכן אסור אביי אף בדיעבד · מכל זה מוכח דאסור להכניס א"ע בספק דרבנן לכתחלה · ומש"ה כתב המרדכי דאדם בריא יזהר · פירש לכתחלה יזהר להכניס עצמו בספק אף שהוא מדרבנן · אבל איסורא ליכא · כיון דקי"ל בכל מקום ספיקא דרבנן לקולא · וגם שאר הראיות שמביא שם המרדכי אח"כ הוא מביא מסוגיות שמיירי בחשב"ס דוק ותשכח ותמצא כדברי כן הוא · לכן לא שגג בזה רבינו הטור ורבינו הש"ך · ולא כדברי רבינו השאגת אריה הנ"ל · ואדרבא שדבריהם המה מבוררים בטוב טעם ודעת ות"ל שהזיכני ליישב דברי הטו"ר והש"ך · והנה לעיל הוכחתי שגם הרמב"ם סובר כן · דטעמא דר"י דחזי לאיצטרופי הכונה הוא · כיון דחזי לאיצטרופי הוה על חצי שיעור שם איסור עליו · אבל בלא טעם דחזי לאיצטרופי · ה"א דבחצי שיעור אין שם איסור עליו · כמו שסובר ריש לקיש באמת · ולפי זה תפשוט לנו ספיקות של הגאון ר' עקיבא איגר שגם בסוף יום כיפור או בסוף יום שביעי של פסח אע"ג שאין שהות לאכול שיעור שלם · מ"מ אסור לאכול חצי שיעור מן התורה · עיין בדברינו למעלה באורך · וכיון שכן צריכין ליישב דברי הרמב"ם שכתב בפרק ה' מהלכות חמץ ומצה הלכה ז' האוכל מן החמץ עצמו בפסח כ"ש הרי זה אסור מן התורה שנאמר לא יאכל · וכבר כתבתי לעיל מה שיש לתרץ · ולפי דברינו אילו יש לתרץ באופן אחר · דלהכי למד הרמב"ם דאסור בכל שהוא מלא יאכל · כדי להשמיענו רבותא אף באכילה · כיון דכבר כתבנו דבחצי שיעור וגם שלא כדה"כ מותר אפילו מדרבנן · מדרבנן דר' שמעון דלא מחייבי בכל שהוא וכו' · דכיון דילפינן דחצי שיעור מכל חלב ולפי זה מצריכינן טעמא דחזי לאיצטרופי · דבלא טעמא דחזי לאיצטרופי · לא היה לומדין מכל חלב דחצי שיעור אסור · כמבואר בתוס' (יומא דף ע"ד) בד"ה כיון · ולפי זה בחצי שיעור וגם שלא כ"ד הנאתן מותר אף מדרבנן · דלא אמרינן תרי הואיל · כדהוכחתי בבעיא דרב אשי המובא לעיל · וכן פסק הטור בסימן תרי"ב בשם אבי העזרי · ומשום הכי למד הרמב"ם דאוכל חמץ בכ"ש מלא יאכל · לאשמועינן דאסור בכל שהוא חמץ אף בלא טעמא דחזי לאיצטרופי · וכיון דלא צריכין לטעמא דחזי לאיצטרופי גבי אוכל חמץ כ"ש · דבלא זה ג"כ אסור מה"ת · ה"ה דאסור כ"ש חמץ וגם הוא שלא כדרך אכילתן אסור מן התורה : וזאת לא היה להרמב"ם לכתוב דאוכל חמץ כ"ש וגם שלא כדרך אכילתן דאסור מלא יאכל · דשלא כ"ד אכילתן מותר מה"ת · ומשום זה נקיט הרמב"ם דאוכל חמץ בכ"ש בסתם · דמשמע שהוא כדרך אכילתן דאסור

מה"ת

מן התורה אלא יאכל · וממילא למידין אנו מזה דגם באוכל חמץ כ"ש אף שלא כדרך אכילתן דאסור מה"ת · והתירוץ הזה ניחא יותר מן הראשון דמשמיענו הרמב"ם גבי אכילה כפי כוונתו · והיוצא מדברינו לפי מה שכתבנו דבחצי שיעור וגם שלא כדרך הנאתן מותר אף מדרבנן · לא קשה קושיות המשנה למלך על התוס' כמו שכתבנו למעלה באר היטב · אך הקושיא שלי שהקשיתי על הכרתי ופליתי במקומה עומדת · ואין לתרץ כמו שישבתי קושיות המשנה למלך דכיון דהכו"פ כתב דלהמהרש"ל ומהר"י בן לב דלר"ש דמחייב בכ"ש ה"ה דמחייב שלא כדה"נ · ומשום זה צריך ללמוד דנט"ל מותר מנבילה · כדאיתא בע"א · אבל לר"י דסבירא ליה לא אמרינן נבילה הזי לאדם · לעומת זה אזיל לשיטתו דסבירא ליה לא היו צריכין אלא כדרך הנאתן · ומאכל שהבאיש הוי שלא כדה"נ קשה כיון דנט"ל מותר · אף אם הנט"ל יש בו שיעור כזית כמבואר בכמה מקומות בש"ס ובפוסקים · ראשונים ואחרונים · וגם מהרש"א שהבאתי בפרח הקודם גם כן מוכח זה · וכיון דסובר ר' יוחנן דחצי שיעור אסור מה"ת . מטעמא דחזי לאיצטרופי והוי שם איסור עליו · והכי נמי בכזית ושלא כדרך אכילתן דהיינו נט"ל · דלדברי הכו"פ שלא כדה"נ ונט"ל דא ודא אחת היא · ג"כ אסור מה"ת · דיכול לתקן שיהיה בה טעם מושבח · כדכתבתי לעיל באריכות · ור"י ס"ל דנט"ל מותר אף מדרבנן · אף בשיש בו כזית · ע"כ לא למד מלא יאכל · אלא גמר מנבילה דנט"ל מותר · כדאיתא בע"א · ומה שמתרץ הכו"פ לפי דבריו קושיות התוס' (בבכורות דף כ"ג ע"ב) בד"ה ואידך · במקומה עומדת לר' יוחנן דס"ל נט"ל מותר · והיינו דבעינן הזי לאכילה · ואלו גבי טומאת נבילה פסק ר"י טומאה חמורה עד לגלב · וכן כתב הרמב"ם (בפרק ב' מהלכות מ"א) והבאתי לשונו בפרח י"א :

אות ג

ולפי עני"ד יש לתרץ בדרך אחרת לפי דברי הרמב"ם · ובזה מיושב דברי הרמב"ם שפסק (בפרק ט"ו הלכה א' וב') שטעם כעיקר דרבנן · ועיין שם בנושאי כליו . שלכאורה קשה מנין הוציא זה · לכן נראה דהרמב"ם הוקשה לו קושית התוס' הנ"ל · ותירוץ של התוס' לא ברירא ליה שתירוצם אינו מרווה למעיין בדבריהם שם · ומשום זה פירש הרמב"ם דר' יוחנן סובר טעם כעיקר דרבנן · וזה נכלל בדברי ר"י שאיתא (בע"א דף ס"ז) כל שטעמו ולא ממשו וכו' · ובזה יהיה ניחא קושיות התוס' הנ"ל · דהגמרא (בע"א דף ס"ז ע"ב) הנ"ל דיליף נותן טעם לפגם מותר מנבילה · אזיל למאן דסובר דטעם כעיקר אף בשאר איסורין דאורייתא · כסברת ר' מאיר דשם דגמר מגיעולי עכו"ם דנותן ט"ל אסור · ממילא יליף דטעם כעיקר אסור מן התורה · דע"כ לא קאמר הגמרא (בפסחים דף מ"ד ע"ב) דליכא למילף טעכ"ע מגיעולי מדין · משום דגיעולי מדין חידוש הוא · ומה חדושו · מה דנט"ל בכל התורה מותר · ובגיעולי מדין אסרה התורה נט"ל · אבל לר' מאיר דיליף מגיעולי מדין דנט"ל אסור בכל התורה · א"כ לאו חידוש הוא ושפיר ילפינן מגיעולי מדין דטעם כעיקר דאורייתא · ועוד דממקומו מוכח · כיון דיליף דנט"ל אסור מה"ת · ממילא טעם כעיקר אסור מדאורייתא · וע"כ לא פליג ר' שמעון אלא בנט"ל סובר דמותר · אבל בהא דטעם כעיקר אסור מה"ת בהא לא פליג על ר"מ · וא"כ סובר ר"ש דטעם כעיקר אסור מדאורייתא · ויליף מגיעולי מדין דלאו חידוש הוא · דסובר דלא אסרה גיעולי מדין אלא קדירה בת יומא · אך מנא ידעינן דקרא לא איירי אלא בקדירה בת יומא · דקרא סתמא כתיב · ומוכח (בזבחים דף צ"ד ע"א) הדר א"ר לאו מילתא היא דאמרי · נוקי נימא ליה לקרא דכי כתיבן ברכין כתיבן · ופירש"י לאו מילתא היא דאמרי לאוקמי קרא ברכין דהא סתמא כתיב לא שנא רך ול"ש קשה וכו' · אלמא דכיון דקרא סתמא כתיב מוקמינן ליה בכל האופנים · וכיון דצותה התורה להגעיל כלי מדין מסתמא איירי ג"כ בכל האופנים אפילו בקדירה שאינה ב"י . וכיון דר' שמעון יליף דטעם כעיקר אסור מן התורה מגיעולי מדין · א"כ הוה ליה למילף דנט"ל נמי אסור מגיעולי מדין · ולהכי אמר הגמרא דטעמא דר' שמעון דנט"ל מותר דילפינן מנבילה · וגלה לן קרא דנבילה דמה שצוותה התורה לנו להגעיל כ"מ אינו רק בב"י · אבל טעם כעיקר ילפינן שפיר מגיעולי מדין דאסור מה"ת · דגיעולי מדין לאו חידוש הוא · דלא אסרה תורה רק קדירה בת יומא · כדמוכח מנבילה · אבל רבי יוחנן סובר דטכ"ע דרבנן · דלא ילפינן מגימ"ד · כמש"כ הרשב"א בחולין (דף צ"ח) בד"ה אמר רבא בשם הרמב"ן וז"ל שם · והרמב"ן ז"ל תירץ להעמיד דברי רש"י ז"ל וודאי מגיעולי עכו"ם לא גמרינן טעם כעיקר דאורייתא · משום דכיון דאוקימנא התם בפסחים דר' יוחנן כר' עקיבא ס"ל דמוקי וכל משרת להיתר מצטרף לאיסור · קאמר התם דלא גמרינן מינה לשאר איסורין : משום דהוי נזיר וחטאת שני כתובים הבכ"א ואין מלמדים · וגיעולי עכו"ם וחטאת נמי הוי ליה לגבי טעם כעיקר שני כתובים הבכ"א וא"מ · דבחטאת וודאי תרוייהו איתניהו בו · היתר מצטרף לאיסור כדיליף לה מיניה התם · וטעם כעיקר · וכד"א הכא גלי רחמנא גבי חטאת יקדש להיות כמוהו · וכדאמרינן בפרק שלשה מינים · וכדכתבינן לעיל · ואע"ג דבפסחים לא אמרינן הכי · ההיא סוגיא לאביי היא · דקסבר טעם כעיקר חמור טפי · וחטאת משום דהיתר מצטרף לאיסור אתא · אבל לר"י שקולין הן ובין היתר מצטרף לאיסור ובין טעם כעיקר ממעטינן מנייהו · משום דהוה להו שני כתובים הבאים כאחד ללמוד דהיתר מצטרף לאיסור וללמוד דטעם כעיקר ואין מלמדין לא בזה ולא בזה דהי מנייהו מפקת כו' עכ"ל וכיון שר"י סובר דטעם כעיקר הוא מדרבנן בשאר איסורין לבד כלי מדין · אינה צריך ללמוד דנט"ל מותר מנבילה כדיליף בע"א כיון דס"ל דטעם כעיקר הוא מדרבנן · אלא ס"ל מצד הסברא שלא אסרו חכמים אלא בטעם מושבח אבל כשהוא לפגם מותר · לכן לא קשה דר"י אדר"י כיון דס"ל בע"א דנט"ל מותר והכי אמר בבכורות דטומאה חמורה עד לגלב כקושיות התוספות הנ"ל דהא ר"י ס"ל נט"ל מותר רק מצד הסברא ולא מנבלה גמרינן לה · ובזה ניחא דברי הרמב"ם שפסק טעם כעיקר דרבנן כיון שר"י סובר הכי דאם לא תאמר כן יקשה דר"י אדר"י כקושיות התוספות הנ"ל וכיון שישבתי דברי הרמב"ם לכן פירש הרמב"ם שלא כדרך אכילתן מקרי היכי שעירב דבר מר :

פרח יג

ונלע"ד להביא ראי' לדברי הרמב"ם שפסק (בפ' י"ד מה' מ"א ה' י"א) דאם עירב דבר מר ראש ולענה לתוך מאכל איסור או שהסריח והבאיש ובטל מאכילת אדם הרי זה פטור דהוי לי' שלא כדרך הנאתן אבל אם עירב דבר מר בקדירה בשר וחלב הרי זה אסור דחייב אפילו שלא כדרך הנאתן ע"ש מזה מוכח דפירש הרמב"ם דשלא כדרך אכילתן מקרי היינו כשעירב דבר מר ולא פירש כדברי רש"י ותוספות ושאר מפרשים שפירשו כשאכלן חי מקרי שלא כדרך אכילתן דהנה המשנה למלך בה' יסודי התורה (בפ' חמישי ה' ח') נסתפק במצות עשה כגון באכילת מצה אם אכלו שלא כדרך אכילתן אם יצא ידי מצוה אם לא אם נאמר דדוקא גבי אכילת איסור דכתב רחמנא לא תאכל הוא דבעינן דוקא כדרך אכילתן אבל גבי מצות עשה אף דכתב רחמנא לשון תאכל לא בעינן כדרך אכילתן דהא בכולה תלמודא לא משכחינן דבעינן כדרך אכילתן רק גבי ל"ת ולא במצות עשה ע"ש בס' הנ"ל בד"ה יש לחקור · ולכאורה נ"ל להביא ראי' דבמצות עשה לא בעינן כדרך אכילתן מהא דאמרינן בפסחים (דף קט"ו ע"ב) אמר רבא בלעו מצה יצא ולכאורה מקרי שלא כדרך אכילתן ואפ"ה יצא ואם כן יהי' מוכח דבמצות עשה יצא · אף שלא כדרך אכילתו אבל זה אינו דהא אמרינן בכתובות (דף ל' ע"ב) גבי תרומה כגון שתחב לו לתוך בית הבליעה ופירש"י על זה וז"ל

שתחב לו חבירו דלא אגבהה ולא קניא ולא מחייב בתשלומין אלא בבליעתו מתחייב דמי הנאת מעיו ולא דמי כולה ובההוא שעתא חיוב מיתה כמי איכא (בימים הקדמונים) וכמו כן אמרינן בגמ' (בחולין ד' ק"ג ע"ב) גבי אבר מן החי אמר רב כהנא בגרומתא זעירתא ופירש"י דאין אדם אוכלו אלא בלעו וחייב ע"ש ברש"י א"כ מצינו אף גבי ל"ת היכי דבלע חייב באבר מן החי ובאכילת תרומה אף שפטור בהן שלא כדרך אכילתן כידוע א"כ אין ראי' מהך דבלע מצה דיצא שיהי' מוכח דיוצא · אף שאכל שלא כדרך אכילתן דבלע מקרי כדרך אכילתן אך נ"ל להביא ראי' לפי מה שפירשו רש"י ותוספות שלא כדרך אכילתן מיקרי היכי שאכלן חי דהא איתא בפסחים (דף ע"א ע"א) אמר רבא שתי תשובות בדבר חדא דשעירי הרגלים חי נאכלין וכו' ופירש"י אם בא לאוכלו בשבת לא יאכלנו כי אם חי דאין צלייתו ובשולו דוחה שבת וכו' וכן אמרינן במנחות (דף צ"ט ע"ב) גבי שעיר של יוה"כ כשחל יוה"כ להיות בשבת הבבליים אוכלין אותו כשהוא חי מפני שדעתן יפה עכ"ל המשנה שם · ואכילת קדשים מצות עשה הוא כדכתיב בתורה יאכלו אותם אשר כופר בהם ועיין בפסחים (דף נ"ט ע"ב) ולפי פירש"י ותוספות דשלא כדרך אכילתן מקרי כשאכלן חי א"כ יהי' מוכח דגבי מצות עשה לא בעינן דרך אכילתן ודוחק לומר דגבי קדשים שאני דאמרינן בזבחים (דף ל"א ע"א) אמר רבי ינאי חשב שיאכלוהו כלבים למחר פגול דכתיב ואת איזבל יאכלו הכלבים בחלק יזרעאל וכן אמרינן שם דאכילת אש שמה אכילה כדכתיב תאכלוהו אש לא נופח אלמא דגבי קדשים מיקרי גם בכה"ג אכילה א"כ מכ"ש שלא כדרך אכילתן מיקרי אכילה אבל לגבי מצות עשה שהוא לל"ת שלא כדרך אכילתן לא שמה אכילה · אבל זה אינו שיש שתי תשובות על זה חדא דלא מצינו רק דאכילת כלבים ואכילת אש דשמה אכילה אבל זאת לא מצינו דאכילת אדם אם אכלו שלא כדרך אכילתן דמיקרי אכילה · שנית דהא לא גילה לנו התורה בפירש דגבי קדשים לא בעינן אכילה וא"ת דילפינן זאת מקרא דהאכל יאכל דבשתי אכילות הכתוב מדבר והקשן הכתוב זה לזה כדאמרינן בכמה דוכתא זה אינו דהא כתבו התוספות שם ד"ה דכתיב · דלא מוכח מידי מזה הפסוק לענין זה. וכיון דגבי קדשים לא מצינו דשני קרא בדיבורו דלכתוב במקצת אכילת קרבנות בלשון אכילה ובמקצתן בלשון אחר אהדרינן לסברא חיצונה דשלא כדרך אכילתן מיקרי אכילה · וא"כ גבי אכילת מצות עשה ג"כ לא מצינו דשני קרא בדיבורו במקצתן א"כ מוקמינן אסברא חיצונה דאף שלא כדרך אכילתן מקרי אכילה ודו"ק · אבל זה הסברא שאנו אומרים היינו אי אמרינן דגבי אכילת קדשים לא בעינן דרך אכילתן כפי הראיות שהבאתי מש"ס לפי פירש"י ותוספות וצריכין אנו לומר כן · אבל מצד הסברא אם לא היו לנו ראיות הנ"ל לפי הנראה דיניהם שוה אכילת קדשים ואכילת מצות עשה · לאכילת מצות ל"ת כמו שכתב הבעל משנה למלך בעצמו שם דמצד הסברא דיניהם שוה ולא הביא שום ראי' לזה ומזה הוכיח הרמב"ם דשלא כדרך אכילתן לא מקרי כשאכלן חי דלא כמו שפירש"י ותוספות דא"כ היינו מוכרחים לחלק בין אכילת מצות עשה ובין אכילת ל"ת ומצד הסברא דיניהם שוות לכן פירש דשלא כדרך אכילתן מקרי היינו כשעירב לתוכו דבר מר אבל כשאכלן חי מיקרי דרך אכילתן ויהי' דיניהם שוה הן גבי אכילת ל"ת הן גבי אכילת מצות עשה ואכילת קדשים דבעינן דרך אכילתן דוקא *) :

הגה"ה

*) וראי' לדברי הרמב"ם מפסחים (דף מ"א ע"א) ולא חי יכול יהא מותר וכו' דאם נאמר כפירש"י האיך יכולין לומר דמותר לכתחילה הא הוה מפסיד קדשים ולא דמי להא דסובר ר' שמעון בכמה דוכתא ואחד מהם בפסחים (דף נ"א) דמביאין קדשים לבית הפסול כי יש חילוק רב ביניהם לאחר העיון כמובן ועיין בתוספות שם (דף ס"ה ע"א) ד"ה כשהוא וכו' דמוכח מדבריהם דהפסד קדשים אסור מן התורה ודוק כי קצרתי :

פרח יד אות א

ועוד נ"ל להביא ראי' לדעת הרמב"ם דאם עירב דבר מר הוא דמקרי שלא כדרך אכילתן ומתחילה אחקור דבאתרוג שאסו' באכילה רק מדרבנן אם יוצא י"ח אם לא אם נאמ' דדוקא כשאסור באכילה מן התורה הוא דאינו יוצא כדאיתא בסוכה (דף ל"ה ע"א) אבל כשאסורו רק מדרבנן יוצא או אם נאמר כיון שמדרבנן הוא אסור באכילה לא מיקרי היתר אכילה ואינו יוצא · הנה לכאורה נ"ל להביא ראי' דאינו יוצא דאיתא במשנה בסוכה (דף ל"ד ע"ב) של תרומה טמאה פסול ובסוף המשנה יש שם פלוגתא רבי מאיר ורבי יהודה א"כ מוכח דשל תרומה טמאה פסול בין לר"מ ובין לר"י דהא איתא ביבמות (דף ק"א ע"ב) דמוכיח הגמרא דהדר רבי יהודה בדוכתי אחריתא דלא בעינן בחליצה שלשה מדתנן סמיכת זקנים ועגלה ערופה בשלשה דברי רבי יוסי ורבי יהודה אומר בחמשה החליצה והמיאונין בשלשה ולא קפליג רבי יהודה ש"מ הדר בי' רבי יהודה וא"כ ה"נ מדפליג רבי מאיר בסיפא ולא פליג ברישא ש"מ דמודה דשל תרומה טמאה פסול וריש לקיש ס"ל ביבמות (דף פ"א ע"א) דתרומה בזמן הזה דרבנן והוכיח זאת מדעיגול בעיגולין עולה ור"מ ג"כ סובר בריש בילה עיין בתוספות יבמות שם ד"ה מאי היא ועיין עוד בתוספות זבחים (דף ע"ג ע"א) ד"ה רבי מאיר בתחילת הדיבור ובסוף הדיבור א"כ אתרוג של תרומה טמאה דפסלה המשנה אליבי' דר"מ אין איסור אכילתו רק מדרבנן דפסול של תרומה טמאה הוא רק מפני שאין היתר אכילה כדאמרינן בגמרא סוכה הנ"ל א"כ מוכח דדבר שאין איסור אכילתו רק מדרבנן אינו יוצא ג"כ · אבל זה הראי' יש לדחות לפי מה שכתבו התוספות שם בד"ה לפי · דעיקר הטעם הוא מחמת דמיכתת שעורי דדינא של תרומה טמאה בשריפה אך מה שאמרו שם הטעם לפי שאין היתר אכילה כדי להראות לנו עוד דין חדש שאין יוצא באתרוג של מעשר שני עיי"ש בתוספות · ונ"ל עוד להביא ראי' מהא דאיתא במשנה בקדושין (דף נ"ב ע"ב) במעשר שני בין שוגג בין מזיד לא קידש דברי רבי מאיר והנה כבר הוכחתי לעיל דר"מ סובר תרומה בזמן הזה דרבנן ואעפ"כ סובר דלא קידש א"כ מוכח דאם רבנן תקנו להפרים מעשר ומדרבנן הוא ממון גבוה הוה כעין מע"ש דאורייתא שהוא ממון גבוה לר"מ וה"נ אם אמרו רבנן שהוא אסור לאכול האתרוג הוה כמו איסור דאורייתא שהוא אסור לאכול ומקרי אין היתר אכילה · וא"ל דגבי קדושין שאני כמו דאמרינן בכמה דוכתא דאפקוהו רבנן לקדושין מיני' וה"נ אפקוהו רבנן לקדושין ומשו"ה לא קידש לא מבעי לדעת רי"ו (הביא הב"ש בא"ע סימן כ"ח ס"ק ל"ה) דאם קידש אשה במלוה שיש לו אצל אחרים במעמד שלשתן דאינה מקודשת מדאורייתא כיון שהקנין מעמד שלשתן הוא רק מדרבנן א"כ איך אמר רבי מאיר אף מדאורייתא לא הוה קדושין אף לחומרא ולדעת רי"ו כמו שאם קידש במלוה במע"ש דלא הוה קדושין רק מדרבנן ה"נ יהי' כאן איפכא מדאורייתא הוה קדושין ומדרבנן לא הוה קדושין ור"מ סתם אמר דאינו מקודשת · וגם הב"ש משוה הדדי בסימן הנ"ל בס"ק כ"ב אפילו לדעת הב"י דסובר דאם קידש במע"ש לא הוה מקודשת אף מדאורייתא כיון דרבנן תקנו דהמעות שלה גם מדאורייתא הוה המעות שלה א"כ אין ראי' מרבי מאיר דיש לומר כיון דמדרבנן ממון גבוה הוה כמו מדאורייתא ממון גבוה ואפקינהו רבנן לקדושין מיני' אכן גם לדעת הב"י ג"כ יש ראי' דהא איתא בקדושין (דף נ"ח ע"א) דרבי שמעון סובר דהמקדש בחולין שנשחטה בעזרה מקודשת ודייק מינה הגמרא דר"ש סובר דחולין שנשחטה בעזרה לאו דאורייתא עיי"ש ובתוספות שם ד"ה אלמא · אלמא דאם אסור רק מדרבנן רבי שמעון סובר דמקודשת וכי לית ליה לרבי שמעון אפקוהו רבנן לקדושין מיניה דהא בהא כולי עלמא מודים כדמוכח בכמה דוכתא אלא ע"כ לא ראו חכמים לאפקינהו לקדושין מפני איסורן כי אפשר שלא ראו חכמים לעקור הקדושין רק באופן שיעלה מזה נדנוד עבירה או מחמת איזה גדר כמו שכתבו התוספות בריש אלו נערות ד"ה אלו דאף דהפקר ב"ד הפקר היינו לצורך אבל זה אינו צורך כ"כ עכ"ל התוספות וגם י"ל בכמה דרכים וא"כ ר"מ דסובר דתרומה בזמן הזה דרבנן · א"כ גבי מעשר שני הוא

הוא ג"כ רק מדרבנן אמאי אמר סתם דאינה מקודשת דמשמע דאף לחומרא לא הוה קדושין א"ו דעשו חכמים כדאורייתא ואינה מקודשת כלל · ואי תקשה לך על דעת הב"י שסובר שהמקדש במע"ש דמקודשת מדאורייתא אף שהקנין הוא רק מדרבנן · ומזה הגמרא מוכח דאם הוה רק אסור מדרבנן מקודשת וא"כ גבי היכי דהקדושין רק מדרבנן לא תהיה מקודשת מדאורייתא דהא הבית שמואל הנ"ל משוה הדדי וגם לדעת רי"ו לכאורה הוא קשה דהא אמר ר"ש סתם דמקודשת דמשמע דאף מדרבנן הוא מקודשת ור"י דסובר דאינו מקודשת מדאורייתא היכי דהקנין מדרבנן א"כ ה"נ נימא איפכא דאינו מקודשת מדרבנן לחומרא וכדי ליישב זאת מוכרחים אנו לומר כמו שכתבו התוספות שם (בדף נ"ח) הנ"ל ובחידושי רשב"א בסוגיא זאת ועיין בתוספות ב"ק (דף ע"ב ע"ב) ד"ה דאי ס"ד דאין כל הדברים שוין ויש דברים שראו חכמים שיהיה דבריהם כשל תורה וגם יש שלא עשו דבריהם כשל תורה בקדושין · וא"כ לא קשה לדעת הב"י דהב"י הוכיח מדאמרינן בקידושין (דף מ"ז ע"ב) מדאמר רבי מאיר דאם קידשה במע"ש מקודשת ועיין שם (בדף מ"ח ע"א) ומדאמר רבי מאיר מקודשת סתם ולא אמר דאינו מקודשת רק מדרבנן משמע ליה להב"י דקנין מע"ש ראו חכמים לעשות כעין דאורייתא · לכן פסק הב"י דמקודשת מדאורייתא · אבל גבי חולין שנשחטו בעזרה לא ראו חכמים לעשות כעין דאורייתא וגם על רי"ו ג"כ לא קשה אמאי אמר ר' שמעון סתם דמקודשת בחולין שנשחטו בעזרה משום דהוה רק אסור מדרבנן · משום שלא העמידו דבריהם בזה כמ"ש התוספות הנ"ל ובחידושי הרשב"א הנ"ל · ולאחר שבארנו זאת גבי אתרוג שאסור באכילה רק מדרבנן ואם היה אסור מן התורה אינו יוצא וכבר הוכחנו דיש דברים שעשו דבריהם כשל תורה בעניינים כאילו א"כ נוכל לומר דגם באתרוג עשו דבריהם כשל תורה ואינו יוצא · אך גם ראיה זאת יש לדחות דהנה איתא בירושלמי דקדושין פרק האשה נקנית ה' א' כתבו על דבר שהוא איסור הנאה תני ר' חנן מעשה בא לפני רבי ואמר הרי זו מגורשת רבי אליעזר אומר אינה מגורשת אמר רבי זעירא הוין רבנן פליגין מאן דאמר אינה מקודשת אינה מגורשת ומאן דאמר מקודשת מגורשת חברייה אמרין להומרין רבי יוסי בעא מהו לחומרין אינה מקודשת מגורשת הייתו לחומרין אילו אינו מגורשת מקודשת הייתו לחומרין מהו כדין רבנן דקסרין בשם רבי יעקב בר אחא מאן דאמר מגורשת מקודשת איסור הנייה מדבריהם ומאן דאמר אינה מגורשת מקודשת איסור הנייה מדבר תורה הא באיסור הנייה מדבריהם מקודשת אין תימר כן לא הדא פליגא על רב דרב אמר דברי ר' מאיר המקדש בחמץ משש שעות ולמעלה לא עשה ולא כלום תמן בגופו קידש וחמץ משש שעות ולמעלן עד הוא כלום ברם הכא בהנייה שבו קידש מעתה אפי' באיסור הנייה דבר תורה תהא מקודש' מה בינה לשער שאינו יפה שוה פרוטה תמן אינו ראוי להשלים עליו ברם הכא ראוי להשלים עליו וכו' עכ"ל הירושלמי ויש לדקדק בלשון הירושלמי מה שאמר לא הדא פליגא על רב דרב אמר דברי ר' מאיר וכו' הל"ל משום ר' מאיר כדאיתא בכמה מקומות כשאמר דבר בשם אחד שלא שמע מפיו ממש אומר משום עיין רש"י בחולין (דף קי"ג ע"ב) ד"ה דרבה וכו' וע' רשב"ם ב"ב (קי"ד ע"ב) · ולכן נ"ל שלא אמר זאת רבי מאיר בפירוש המקדש בחמץ משש שעות ולמעלה רק למד זאת מדברי ר"מ שס"ל לר"מ בפסחים (דף י"ד ע"א) ששורפין תרומה טהורה עם הטמאה בפסח ולמד זאת מר' עקיבא שאמר שלא נמנעו מלשרוף את השמן שנפסל בטבול יום בנר שנטמא בטמא מת ומדברי ר' חנינא סגן הכהנים שאמר שמימיהם של כהנים לא נמנעו מלשרוף את הבשר שנטמא בולד הטומאה עם הבשר שנטמא באב הטומאה וכו' ואיתא שם בגמרא לקמן (דף ע"ו ע"ב) אמר ר' אבי אמר רבי יוחנן מחלוקת בשש אבל בשבע דברי הכל שורפין ופירש"י משום כי היכי דמותר לשרוף בשר קודש שנטמא בולד הטומאה דרבנן עם שנטמא בטומאה דאורייתא ה"נ שרי לשרוף חמץ בשעה ששית שהוא אסור מדרבנן עם תרומה טמאה שהוא טמאה מן התורה דאיסור וטומאה

שוין וילפינן מהדדי ועל"כ מוכח דר"מ סובר דהיכי שהוא אפילו רק איסורא מדרבנן הוה כמו שאסור מדאורייתא ע"כ סובר ר"מ דהמקדש בחמץ משש שעות ולמעלה אינה מקודשת אף שהוא אסור רק מדרבנן הוה כמו המקדש בשבע שהוא אסור מדאורייתא לכן דקדק רב בלשונו ואמר דברי ר"מ משום שלא אמר ר"מ זאת בפירוש רק למד זאת מדבריו וא"כ אזיל ר"מ לשיטתו מה שסובר דהמקדש במע"ש לא קידש אף שהוא ממון גבוה רק מדרבנן הוה כמו מעשר שני דאורייתא שהוא ממון גבוה מן התורה כיון דהוכחנו דשניהם שוין אבל לפי מאי דפסקינן כרבי יוסי דפליג על ר"מ ואמר אינה הוא המידה דכן פסק הרמב"ם פ' ג' מהלכות המן ומלה הלכה ד' אבל בשבע מודה רבי יוסי דשורפין כיון דאסור מן התורה הוה כמו שנטמאה מן התורה ופליג על ר"מ וס"ל שאין שורפין בשעה ששית משום דאיסור דרבנן לא הוה כמו אסור דאורייתא וא"כ יהיה לכאורה מוכח איפכא דלפי מאי דפסקינן כרבי אסי יוצא באתרוג שהוא אסור רק מדרבנן כיון דמן התורה מותר לאכול מקרי היתר אכילה שפיר · הכן אין ראיה מרבי אסי דמצינו בכמה מקומות בתלמודא שחילקו בין טומאה דרבנן ובין טומאה דאורייתא כדאיתא בכמה מקומות וא"כ ה"נ יש חילוק שאסור לשרוף תרומת חמץ שנטמאה בטומאה דאורייתא עם דבר שהוא אסור רק מדרבנן דלא עדיף איסור מטומאה שנטמאה בוולד דרבנן וא"כ אין ראיה מכאן דיוצא באתרוג כזה דאף שבזה הדין למד הגמרא איסור מטומאה מ"מ בשאר דברים מצינו דאמר הגמרא דלא ילפינן איסור מטומאה בכמה מקומות ואכתוב מהם קצת עיין בביצה (דף ז' ע"א) א"כ י"ל בשאר דברים הוה איסור דרבנן כמו דאורייתא א"כ י"ל דאינו יוצא באתרוג כזה · אכן נ"ל להביא ראיה מדברי הרמב"ם (פ' ה' מהלכות אישות ה' א') וז"ל המקדש בדבר שהוא אסור בהנאה כגון חמץ בפסח או בשר בחלב וכיוצא בהן משאר איסורי הנאה אינה מקודשת אפילו היה אסור בהנאה מדבריהם כגון חמץ בשעה ששית מיום י"ד אינה מקודשת עכ"ל וכ"כ בא"ע בסימן כ"ח דלאו דוקא חמץ בפסח אלא הוא הדין שאר איסורין וכ"כ הב"י שם אך דיש חולקין ואומרים דדוקא בדבר שיש לו עיקר מן התורה אינה מקודשת וקצתן סוברים דאף בדבר שאין עיקר מן התורה ג"כ אינה מקודשת א"כ ה"ה גבי אתרוג לדעת הסוברים דדוקא בדבר שיש לו עיקר מן התורה אינה מקודשת א"כ הדין גבי אתרוג דאם אסור באכילה בדבר שיש לו עיקר מדאורייתא לא מקרי היתר אכילה דלא נוכל לומר אליבייהו כדאמרינן בכמה דוכתא דהכא אפקיעינהו רבנן לקדושין מיניה משו"ה אינה מקודשת אבל גבי אתרוג יוצא דא"כ ה"ה אף בדבר שאין לו עיקר מן התורה ג"כ לא תהיה מקודשת · ואין סברא לומר דבדבר שיש לו עיקר מן התורה אמרינן אפקיעינהו רבנן לקדושין מיניה אבל בדבר שאין לו עיקר מן התורה לא אמרינן כן · זה אין סברא לומר כן וכן כתב הבית שמואל שם בס"ק נ"ב בפירוש דאם נאמר בדין זה דאפקינהו רבנן לקידושין מיניה דכל דמקדש אדעתי' דרבנן מקדש אף אם קידש בדבר שאין לו עיקר מן התורה ג"כ אינה מקודשת עי"ש שהביא ראיות לזה וא"כ לא נוכל לומר שאין כל האיסורין שוין כמ"ש לעיל בשם התוספות והרשב"א בקדושין דהא כתבו בפירוש דכל האיסורין דיניהם שוה · אך זאת נוכל לומר דהפוסקים דסוברים דאם קידש בדבר שאין לו עיקר מן התורה ג"כ אינה מקודשת על זה נוכל לומר דגבי קדושין שאני דאפקינהו רבנן לקדושין מינה אבל גבי אתרוג יוצא בדבר שאיסורו אין לו עיקר מן התורה :

פרח יד אות ב

ונ"ל להביא ראיה מהגמרא מדאמרינן בפסחים (דף מ"ז ע"ב) הביא שה מן האפר ופשטו תמיד ביו"ט מהו והא אמרה כו' ממשקה ישראל מן המותר לישראל מכאן אמרו אין מביאין נסכים מן הטבל יכול לא יצא מן המוקדש אמרה מה טבל מיוחד שאיסור גופו גרם לו אף כל שאיסור גופו גורם לו יצא

יצא מוקצה שאין איסור גופו גורם לו אלא איסור דבר אחר גרם לו וכו' ופירש"י איסור דבר אחר שבת · אלמא מדאמר דווקא מוקצה שדבר אחר גרם לו היינו שבת הא דנקרא מן המותר לישראל אבל שאר איסורי דרבנן שאיסורו תמיד כגון טבל דרבנן לא נקרא מן המותר לישראל ואין מביאין ממנו נסכים והוה כמו איסור מן התורה ויהיה ראיה מהגמרא הזאת כל אחד ואחד לפי שיטתו דהפוסקים דסוברים דאינה מקודשת דוקא בדבר שיש לו עיקר מן התורה סוברים דמוקצה הוה כמו שיש לו עיקר מן התורה כדכתבו התוספות ישנים בביצה (דף ג' ע"ב) דאיסור מוקצה אמירא והוה כעין דאורייתא כו'· עכ"ל וא"כ אין ראיה רק דאיסור שיש לו עיקר מן התורה הוה כמו איסור תורה דהא מוקצה דיש לו עיקר מן התורה אינו מותר אלא משום דד"א גרם לו · אבל שאר איסורין דיש להן עיקר מה"ת לא · אבל בדבר שאין לו עיקר מן התורה לא שמעינו · ולהפוסקים דסוברים דאינה מקודשת אף בדבר שהוא עיקר רק מדרבנן אף אם נאמר שלא כדעת הב"ש דאפקיענהו רבנן לקדושין מינה כי הוא אידם זאת שלכאורה הוא זאת טעמם וגם הוא בעצמו כתב רק שלכאורה הוא נראה כן · אבל קושטא דמילתא משמע שסברתם דבדבר שאיסורו מדרבנן ואין לו עיקר מן התורה דינם שוה כמו איסור תורה ויש ג"כ ראי' להם מהגמרא הנ"ל דהם סוברים כשיטת התוספות בביצה (דף ד' ע"ב) ד"ה ותנן דמוקצה מקרי דבר שאין לו עיקר מן התורה וא"כ הגמרא דבעי מוקצה מהו והשיב לו דמן המוקצה מותר להביא מהם נסכים דאיסור מחמת דבר אחר הוא היינו שבת כפירש"י אבל דבר שאיסורו מחמת גופו ואין לו עיקר מן התורה כמו מוקצה אסור דהוה כמו איסור תורה ולא מקרי מן המותר לישראל · אך לכאורה יש להקשות על הא דפסחים הנ"ל דאיתא בעירובין (דף ל' ע"א) ב"ה אומרים מערבין לנזיר ביין ולישראל בתרומה אמר להן ב"ה לב"ש אי אתם מודים שמערבין לגדול ביוה"כ אמרו להן אבל · אמרו להן כשם שמערבין לגדול ביוה"כ כן מערבין לנזיר ביין ולישראל בתרומה עכ"ל הגמרא הלא לפי הגמרא דפסחים הנ"ל יש חילוק רב ביניהם דלישראל בתרומה הוא איסור מגופו ולגדול ביוה"כ הוא איסור מחמת דבר אחר והאיך למדו ב"ה מדמערבין לגדול ביוה"כ מערבין לישראל בהרומה [ויעויין רשב"א יבמות קי"ד] וכ"ת דלפי מה שמבואר בפסחים דבאיסור דאורייתא אין חילוק בין איסור מחמת גופו ובין איסור מחמת דבר אחר בכל זאת תקשי לריש לקיש דהוא סובר דחצי שיעור מותר מן התורה דבזה ודאי דהא דבעינן בעירוב שתי סעודות אף אם אין ראוי לאכלו כזית בכדי אכילת פרס מערבין וראי' מדמערבין בפילפלין ותבלין דראוי לתבל בהם מזון שתי סעודות כדאיתא בריש פרק בכל מערבין והא פילפלין ותבלין אין ראוי לאכלו כזית בכדי אכילת פרס וא"כ הדרא קושיא לדוכתא איך למדו ב"ה מדמערבין לגדול ביוה"כ מערבין לישראל בתרומה הלא הגדול יכול לאכול חצי כותבת וישהה יותר מכדי אכילת פרס ויאכל החצי כותבת אחר וכן בכל כותבת עד שישלים לשיעור שתי סעודות א"כ אסור רק מדרבנן א"כ יש לחלק אף דמערבין לגדול ביוה"כ הוא מפני שאיסורו מחמת דבר אחר אבל לישראל בתרומה שאיסורו בגופו אין מערבין · וא"ל דבזה פליגי ר' הונא וריש לקיש דלרב הונא דסובר דחצי שיעור אסור מן התורה ומש"ה ליכא הוכחה מב"ה דאין חילוק בין איסור מגופא ובין איסור מחמת דבר אחר משו"ה סובר בפסחים דיש חילוק אבל ריש לקיש דסובר דחצי שיעור מותר מן התורה אליבי' מוכח מב"ה דאין חילוק בין איסור מגופו ובין איסור מחמת דבר אחר · לא נוכל לומר כן דהא פירש"י בפסחים שם ד"ה שה ולא הבכור מתניתא היא וסיימו הברייתא הנ"ל שלא יביא נסכים מן הטבל א"כ לר"ל דסובר דאין חילוק בין איסור מגופו ובין איסור מחמת דבר אחר ה"ל להברייתא לאשמועינן רבותי' יותר דלא יביא אף מן המוקצה וזה ודאי אין הדעת סובלת לומר דלרב הונא יש חילוק ולר"ל לא יהי' אף רבותא · ומחמת חומר קושיא זאת היה אנו מוכרחין לדחוק ולומר אף דרב הונא אומר דמביאין מן המוקצה מפני שאיסורו מחמת דבר אחר זאת אין עיקר הטעם אלא שעיקר הטעם הוא מפני שאיסורו מדרבנן וכיוצא בזה כתבו התוספות בכמה מקומות ואחד מהם בסוכה (דף כ"ד ע"א) ד"ה ר"י וא"כ לא נוכל להביא ראי' מהא דפסחים הנ"ל דאינו יוצא באתרוג שאיסורו מדרבנן דהא ב"ה דערובין הנ"ל חולק על הברייתא הזאת דמן הברייתא מוכח מדנקיט שלא יביא נסכים מן הטבל ולא אמר רבותא יותר דלא יביא אף מן המוקצה הוכחתי דהברייתא סובר דיש חילוק בין איסור מגופו ובין איסור מחמת דבר אחר והברייתא דעירובין סובר דלב"ה אין חילוק בין איסור מגופו ובין איסור מחמת דבר אחר כדהוכחתי א"כ לא ידענו מן הש"ס איזה הברייתא עיקר אף דרב הונא פשוט לי' מן הברייתא דפסחים משמע דס"ל שזאת הברייתא הוא עיקר דהא לרב הונא גופא קשה דאדרבה דאין הלכה כברייתא דפסחים מכח הך ברייתא דעירובין ומתניתין שם דאיתא שם דמערבין לנזיר ביין ולישראל בתרומה וצריכין להבין הטעם מפני מה אלא ע"כ צריך לומר דהטעם כדאמרינן בברייתא הטעם משום דמערבין לגדול ביוה"כ וא"כ מוכח שאין חילוק בין איסור מגופו בין איסור מחמת דבר אחר וסי' לפסוק כהברייתא דעירובין וכמתניתין שם כדאמרינן בכמה מקומות ואחד מהם בעירובין שם (דף ל"ו ע"ב) דליתא למתניתין דשם מקמי ברייתא ומקמי מתניתין דליקוא וגם זה דוחק גדול לומר דשביק הברייתא עיקר הטעם כדכתבתי לעיל וגם דוחק לומר דפליגי אליבי' דב"ה הברייתא דעירובין עם הברייתא דפסחים :

ומפני שלא נצטרך לדחוק בדחוקים גדולים כאילו ליישב הברייתא דפסחים שלא תהא חולקת על הברייתא דעירובין הנ"ל לכן פירש הרמב"ם דשלא כדרך אכילתן היינו כשעירב דבר מר ולא כפירוש התוספות כשאכלן חי ובזה יהיו מתורץ הקושיא הזאת אך בהקדם אומר לך שאם נותן טעם לפגם אסור יהיה חצי שיעור מותר מן התורה ואם נט"ל מותר יהא חצי שיעור אסור מן התורה והסברה הוא כך דאכילה שכתוב בתורה משמע דוקא בכזית כדמשמע פשטא דגמרא (ביומא דף ע"ד ע"א) דר"ל סובר דחצי שיעור מותר מן התורה מפני שאכילה אמר רחמנא ואכילה בכזית וגם ר"י דסובר דחצי שיעור אסור מן התורה משמע שם דלא פליג על זאת הסברא רק אמר מפני טעם אחר משום דכל חלב · או משום דחזי לאיצטרופי אבל זאת לא אמר דאכילה משמע בכ"ש ואף שראיתי לבעל משנה למלך בשם הרא"ש וגם דעתו (בפ' א' מהלכות חמץ ומצה ה' ז' ובהלכות שבועות בפ"ד) שכתב באופן אחר · בכל זאת פשטא דגמרא משמע כמו שכתבתי כי בודאי אם נוכל לומר בלא דוחק הוא בודאי טוב יותר · וא"כ לכאורה צריכין אנו להבין טעם של ר"י דסובר דחצי שיעור אסור מן התורה אף שאמר הטעם כיון דחזי לאיצטרופי איסורה קאכיל הא כתוב בתורה לשון אכילה דמשמע דוקא בכזית אסור · וכדי לתרץ זאת נאמר דרבי יוחנן אזיל לשיטתו דסובר (בפסחים דף כ"ד ע"ב) דבעינן דרך אכילתן דוקא ולהכי כתב רחמנא בלשון אכילה לומר דבעינן דרך אכילתן אבל כמה יהיה שיעור אכילה על זה לא כתב קרא לשון אכילה רק דהוכרח לכתוב לשון אכילה דבעינן דרך אכילה אבל ר"ל אזיל לשיטתו דהוא סובר (בע"א דף ס"ז ע"ב) דנט"ל אסור כדאמרינן שם בשלמא כולהו לחיי' אלא דר"ל אמרו קאמר וליה לא ס"ל פירוש דהוא סובר נט"ל אסור ולדעת הרמב"ם כיון דר"ל ס"ל דנט"ל אסור ע"כ סבירא ליה דחייב אף שלא כדרך אכילתן כמ"ש לעיל וא"כ למה כתב התורה בלשון אכילה לומר דבעינן בכזית דוקא כדמשמע לשון אכילה וחצי שיעור מותר · אבל ר"י אזיל לשיטתו דסובר בע"א הנ"ל דנט"ל מותר משו"ה סובר דבעינן דרך אכילתן דתלו זה בזה לדעת הרמב"ם כמ"ש לעיל ומש"ה הוצרך לכתוב בתורה לשון אכילה אבל זה לא משמיענו קרא דבעינן שיעור אכילה בכזית מש"ה סובר דחצי שיעור אסור · ומאחר שבארנו זאת לרבי מאיר דסובר (בע"א בדף הנ"ל) דנט"ל אסור א"כ סובר לדעת הרמב"ם דלא בעינן דרך אכילתן ומה שכתב בתורה לשון אכילה

לומר

לומר לך דבעינן דוקא שיעור אכילה בכזית · ור"ש דסובר שם דנט"ל מותר · וס"ל דלא יאכל לא משמע שיעור אכילה בכזית דהא לרבי שמעון אית ליה דחייב אף על כל שהוא · ע"כ ס"ל דלשון אכילה משמע כל שהוא ומשו"ה חייב ולדידיה לא שמעינן מלא יאכל דבעינן דרך אכילתן דצריך התורה לכתוב בלשון לא יאכל להייב בכ"ש אלא גמיר ליה מנבלה דשאינה ראוי לאכילה לא מקרי נבלה ונט"ל מותר · וכיון דנט"ל מותר ממילא בעינן דרך אכילתן דהא אלו זה בזה לדעת הרמב"ם אף שדעת הכו"פ דר"ש סובר דלא בעינן דרך אכילתן מה שנלענ"ד כתבתי · אבל ר' יוחנן דלא מצי למילף מנבילה דהא ס"ל עד לכלב ע"כ ס"ל דלא יאכל אתא לשלא כדרך הנאתן וכמש"כ לעיל · ובזה יהיה מתורץ דלא תקשה מברייתא דעירובין על הברייתא דפסחים דזה לא נוכל לומר דהברייתא דעירובין אתיא כר"ש דאית ליה (בימים הקדמונים) כל שהוא למכות דגבי יוה"כ יכול להיות דמודה ר"ש דבעינן דוקא ככותבת כדיליף הגמרא (ביומא דף פ' ע"א) דשינו חכמים בשיעורין · מדשינה הכתוב ממשמעו דכתיב לא תעונה ולהכי בעינן דוקא ככותבת ולא הוה כשאר איסורין דשיעורן בכזית וא"כ אף ר"ש דסובר כ"ש וכו' אבל גבי יוה"כ מודה דבעינן דוקא ככותבות דהא שינה הכתוב ממשמעו · אבל מצינו (בפסחים דף מ"ד ע"ב) דרבנן סברי דנט"ל מותר אף שמבואר שם שגמרו שם מנבלה דנט"ל מותר ולפי מה שכתבתי לעיל לא ילפינן זאת מנבלה רק לר"ש דאית ליה כל שהוא וכו' כמ"ש לעיל וזה דוחק לומר דרבנן ס"ל כר"ש · דהא רבנן במס' מכות לא ס"ל הכי ובגמרא נכתב בסתימת רבנן ובכמה מקומות מצינו דפריך הגמרא אהדדי ולכאורה יהיה סתירה לדברינו למה שכתבתי למעלה · אבל י"ל משום דהש"ס נקיט דרשה הפשוטה כדאשכחן בכמה מקומות בגמרא וגם התוספות כתבו בכמה מקומות אחד מהם (בעירובין דף ט"ו ע"ב) דכתיבה מתגרשת · ובאמת גמרו לה מדכתב רחמנא בלשון אכילה למימר דבעינן דרך אכילה דוקא ממילא שמעינן דנט"ל מותר דבאמת צריך הקרא דלא תאכלו כל נבלה לגר אשר בשעריך לדברים אחרים כדאיתא (בפסחים דף כ"א ע"ב · ובע"א דף ס"ח ע"א) דאמר הגמרא ור"מ צריך הקרא למעוטי סרוח מעיקרא ואי תקשה לך דבפסחים מצריך ר"מ להיתר הנאה וא"ל דזאת רק לרבי אבוה אבל לחזקיה ממילא שמעינן היתר הנאה מדכתב רחמנא לא תאכלו ולהקדים נתינה דגר למכירה דעכו"ם לא צריך קרא כמ"ש התוספות שם ד"ה בשלמא א"כ נוכל לומר דהגמרא דע"א הנ"ל אזיל אליביה דחזקיה דלדידיה מיותר הקרא אבל לפי דעתי א"א לומר כן כיון דלחזקיה מצריכינן הקרא להיכי דהוה סרוח מעיקרא מזה לא הוזכר שם בפסחים ולא הוה בחק הגמרא לפרושי שם בפסחים ולומר · דלחזקיה אליבא דר"מ מה משמיענו הקרא הזאת ולא לסמוך על הגמרא דע"א אלא ודאי לחזקיה אליבא דר"מ צריך הכתוב להקדים נתינה דגר למכירה דעכו"ם ומה שכתבו התוספות שם דאין צריכין היינו אליבא דרבי אבוה אליבא דר"מ ושתי הסברות האלו נזכרות שם בגמרא ולהכי לא אפרש הגמרא דממילא מובן ולפי זה בין לחזקיה ובין לר' אבוה צריך הקרא לגר אשר בשעריך לדברים אחרים א"כ קשה אמאי לא מתרץ כן הגמרא בע"א (דף ס"ח) על הא דפריך ורבי מאיר אמאי איצטריך הקרא לגר אשר בשעריך דצריך הקרא לדברים הנזכרים בפסחים וכדי לתרץ זאת נקדים עוד קושיא דלכאורה קשה כיון דאמרינן שם טעמא דר"מ דאסור נט"ל דגמר לה מגעולי עכו"ם משמע דאי לא ילפי מגעולי עכו"ם היה מצד הסברא הראשונה נט"ל מותר רק דגמר לה מגיעולי עכו"ם וגעולי עכו"ם דגילתה לנו התורה דאסור נט"ל הוא היכא דמושבח מעיקרא אבל היכא דמוסרח מעיקרא על זה לא גילתה לנו התורה דאסור א"כ אמאי אמרינן שם בגמרא דלר"מ מצריכינן הקרא להיכא דהוה סרוח מעיקרא הא זאת ידעינן מסברא אף אם לא גילתה לנו התורה · · וכדי לתרץ זאת מוכרחין אנו ודאי לומר דבאמת מצריך ר"מ הקרא לדברים המוזכרים בפסחים והא דמשני הגמרא דהוא למעטי סרוח מעיקרא הוא משיב זאת רק לר' שמעון דלא נוכל למילף מנבלה דנט"ל מותר דנוכל לומר דהקרא משמיענו להיכא דהוה סרוח מעיקרא ולר"ש לכאורה לא ידעינן זאת מסברה כיון דר"ש סובר כל שהוא וכו' ממילא אית ליה דלא בעינן דרך אכילתן כסברת מהרש"ל הנ"ל ונט"ל אסור והוה אמרינן דסרוח מעיקרא ג"כ אסור דלכה"פ משהו מיהא איכא (עיין בא"ה ובב"י סימן תמ"ז) דנט"ל אסור בפסח משום דחמץ בפסח במשהו ועכ"פ משהו מיהא איכא ועיין בתוספות וברא"ש דע"א (דף ס"ו ע"א) ועיין בחק יעקב (בסימן תמ"ז סעיף יו"ד) דלדעה זו אסור נט"ל עד שיהיה נפסד לגמרי דאז מותר משום דעפרא בעלמא הוא אבל ר"מ דלא ס"ל דמקרי עפרא בעלמא עלה על דעתו דלר' שמעון יהיה אסור אפילו סרוח מעיקרא · וכדי שלא נטעה זאת · על זה מצריכינן הקרא דנבלה והאיך יליף ר"ש מנבלה דנט"ל מותר · והשיב לו דלסרוח מעיקרא לא מצריך קרא דעפרא בעלמא הוא ואייתר לנו הקרא להשמיענו דנט"ל מותר וסידרה הגמרא כאילו ר"מ ור"ש הקשו זה לזה והשיבו בעלמא · היוצא מדברינו דרבנן (דפסחים דף מ"ד) הנ"ל דסברי דנט"ל מותר ילפי לה מדכתב רחמנא לא יאכל דבעינן דרך אכילתן מזה ילפי דנט"ל מותר דתלו זה בזה לדעת הרמב"ם הנ"ל כנ"ל רק ר"ש יליף ממקום אחר כנ"ל · וא"כ רבנן סברי דחצי שיעור אסור מן התורה דהא דכתב רחמנא לשון לא יאכל רק דבעינן דרך אכילתן ולא דבעינן אכילה בכזית · וזה אין להקשות האיך ידעינן מדכתב רחמנא לשון אכילה למימר דבעינן דרך אכילתן הא צריך הקרא לכתוב לשון אכילה למימר דלחיוב בעינן שיעור אכילה בכזית הגם דחצי שיעור אסור מן התורה · הוא רק איסור עשה · דזה אי אפשר לומר כן דהא אף דכתב רחמנא לשון לא יאכל לא ידעינן שיעור אכילה בכמה דהא איתא (ביומא דף פ' ע"א) אמר רבי יוחנן שיעורין של עונשין הלמ"מ דמלא יאכל ומלא תאכל לא ידעינן כמה יהיה השיעור אי כזית אי כפול וכיון דמקרא לא ידעינן שיעור אכילה על כמה הוא חייב וידעינן רק מהלמ"מ א"כ לא נוכל לומר דלהכי כתב רחמנא לשון אכילה לומר דאינו חייב בכ"ש דבין כך ובין כך צריך להלכה למ"מ לידע כמה הוא שיעורו ולמה צריך הקרא כדפריך בכמה דוכתיה בתלמודא כיון דהלכתא קרא ל"ל · ואחד מהם (בסוכה דף כ"ח ע"ב) עיין שם · אלא ע"כ הא דכתב רחמנא לשון אכילה דבעינן דרך אכילתן ומזה ידעינן דנט"ל מותר · וא"כ רבנן דפסחים דסברי דנט"ל מותר סברי ג"כ הא דכתב רחמנא לשון אכילה לומר דבעינן דרך אכילתן דהא תלוי זה בזה לדעת הרמב"ם הנ"ל כנ"ל וא"כ חצי שיעור אסור מן התורה כדהוכחתי לעיל דגם זה תלוי זה בזה ולפ"ז נוכל לתרץ דלר"ל הברייתא דעירובין אתיא כרבנן דסבר דנט"ל מותר וא"כ חצי שיעור אסור מן התורה. ולכן למדו שפיר ב"ה מדמערבין לגדול ביוה"כ מערבין לישראל בתרומה דאין לחלק ביניהם ולומר הא דמערבין לגדול ביוה"כ הוא מפני שאיסורו מחמת דבר אחר פירש שאיסורו הוא מחמת יוה"כ אבל ישראל בתרומה איסורו מגופו · דלפי מסקנת הגמרא בפסחים (דף מ"ח) אין לחלק באיסור דאורייתא בין איסור מגופו ובין איסור מחמת דבר אחר · וא"כ לא מצינו שום פלוגתא על הברייתא דפסחים דמחלק שם דאיסורו מגופו אף שהוא מדרבנן לא מקרי מן המותר לישראל דהוה כאיסור תורה כמו שהוכחתי לעיל · לכן כל אחד ואחד לפי שיטתו · דקצתן סברי דדוקא בדבר שיש לו עיקר מן התורה הוא דהוה כמו איסור תורה וקצתן סוברים אף בדבר שאין לו עיקר מן התורה הוה ג"כ כמו איסור דאורייתא רק בזה כ"ע מודים דבדבר שאיסורו מחמת דבר אחר לא הוה כמו איסור תורה כדמחלק הגמרא בפסחים הנ"ל · א"כ גבי אתרוג נמי אם הוא אסור באכילה בדבר שיש לו עיקר מן התורה הוה כמו איסור תורה ולא מקרי היתר אכילה לכו"ע ואינו יוצא בו · ואם איסורו בדבר שאין לו עיקר מן התורה הוא מחלוקת הפוסקים · ואם איסורו מחמת דבר אחר לכו"ע יוצאין בו ומה שלא אמר הגמרא

כתנאי הפלוגתא דר"י ור"ל משום דלא פליגי בהדיא רק שמוכח מתוך סברתם דפליגי במה דפליגי ר"י ור"ל ולכן מתרץ הגמרא ביומא הברייתות ולא משני דאתיא כהך תנא כיון דלא פליג בהדיא ועיין בדברינו לקמן בסוף כפתור הזה באות ד' שהדברים שיתבררו שם שייכין לדין זה · ולכאורה לפי דברינו אלו שכתבתי דהרמב"ם סובר דדבר הנאסר במשהו גם נט"ל אסור בו דהא עכ"פ משהו מיהא איכא כמבואר בסימן תמ"ז וברא"ש בע"א והבאתיו לעיל יש ליישב דברי הכרתי ופלתי מה שקשיא לן שלפי דבריו יקשה קושיות התוספות בע"א (דף ס"ה ע"ב) ד"ה הבגד · כמבואר בדברינו בפרח י"א דיהיה בשר בחלב נאסר במשהו כמו גבי כלאים דלכאורה יש לתרץ כיון דגילה התורה בלשונה גבי בשר בחלב לא תבשל במקום לא תאכל ללמדנו דאסור שלא כדרך הנאתן כמבואר (בפסחים דף כ"ד) ולפ"ז גם נט"ל אסור גבי בשר בחלב כמו שכתב הכו"פ הנ"ל דתלוי זה בזה · ואם נאמר דבבב"ח אסר במשהו למה הוצרך התורה לשנות בלשונה הא ממילא הוי ידעינן דאסור שלא כדרך הנאתן כיון דאסור במשהו כקושיות התוספות בע"א הנ"ל גם נט"ל אסור דעכ"פ משהו איכא וכיון דאסור נט"ל · אסור ג"כ שלא כדרך הנאתן · א"ו דבב"ח אינו נאסר במשהו · אבל נ"ל דהקושיא על הכו"פ עדיין במקומה עומדת דלפ"ז הא דפליג רבא (בחולין דף ק"ח ע"א) על אביי דסובר דאי חידוש הוא אף דליכא כ"ע נמי · ואמר ליה רבא דרך בישול אסרה תורה עכ"ל הגמרא · מזה ידעינן דלא נאסר במשהו גבי בב"ח · ולפי מה שכתבתי ליישב דברי הכו"פ הוה ליה לרבא לומר מדשינה התורה בלשונה מזה ידעינן דאינו נאסר במשהו כדכתבתי לפי דבריו · אלא ודאי אף דהוצרך התורה לשנות בלשונה לאסור שלכדה"נ וגם נט"ל מזה לא הוה ידעינן דבב"ח אינו נאסר במשהו דהא חזינן דר"ש סובר בע"א (דף ס"ז ע"ב) דנט"ל מותר וממילא שלא כדרך הנאתן ג"כ מותר לר"ש לפי סברת הכו"פ ור"ש סובר כ"ש וכו' אלמא אף דאסור במשהו מותר שלא כדרך הנאתן לכן הוה אמינא אף דבב"ח אסור במשהו בכל זאת נט"ל מותר וגם שלא כדרך הנאתן מותר לכן הוצרך התורה לשנות בלשונה להשמיענו דנט"ל וגם שלא כדה"נ אסור גבי בב"ח · לפי זה יקשה קושיות התוספות בע"א הנ"ל ולפי דברי הכו"פ קמה וגם נצבה · אבל לפי דברנו שמתרלים אנהגו קושית התוספות לפי דברי הרמב"ם כמבואר בפרח י' דבודאי לא המיר תערובתו מבעינה וכמו דאם אכל בעין בעינן שיעור אכילה השוב היינו בכזית ה"נ בעינן גבי תערובתו שיהיה הנאה חשובה שיהיה ניכר בו טעם שיש בו בב"ח דהיינו עד ששים משא"כ גבי כלאים כמבואר בדברינו באריכות שם · ניחא לשון הגמרא בחולין הנ"ל דאמר רבא דרך בישול אסרה תורה דפירושו הוא כך דרבא מסביר לנו הטעם דבעינן כזית גבי איסור בב"ח דלכאורה הוא דומה לכלאים כקושיות התוספות בע"א הנ"ל ע"כ אמר רבא דרך בישול אסרה תורה פירוש דבשאר איסורין אסור אם נכבש האיסור וגבי בב"ח בעינן דוקא דרך בישול · דבעינן שיהיה טעם השוב ע"ש ברש"י בחולין · וכיון דבשאר איסורין בעינן כזית אף דשם לא בעינן הנאה גדולה · כ"ש דבעינן כזית גבי בב"ח שיהיה נהנה הנאה גדולה · מזה ידעינן דגבי תערובתו בעינן שיהיה ניכר בו טעם בב"ח דלא המיר טעמו מבעינו · לפ"ז הא דפסק הרמב"ם דטעם כעיקר אסור מדרבנן דמבב"ח ילפינן דחידוש הוא לאו החידוש דאי תרי כולו יומא בחלבא דהחידוש הוא לקולא ולאו חידוש הוא כדפסק הרמב"ם דעדים זוממים לאו חידוש הוא דמה שמכשירים העדים בתראי החידוש לקולא ומה שנפסלין העדים קמאי לאו חידוש הוא כיון דיש להעדים האחרונים מיגו והוה כנתברר לפנינו שעדים אחרונים אמת ואפילו הכי מה שכשרים העדים האחרונים הוא חידוש עיין בדברינו בסוף פרח י' באריכות באר היטב ומשו"ה פסק הרמב"ם כאביי (בהלכות טומאת צרעת פ"ח הלכה ח' וגם בהלכות שבועות פ"ע ה' י"ד) משום דפסקינן כאביי דעדים זוממים לאו

חידוש הוא משום דהחידוש הוא לקולא (עיין בדברינו בפרח הנ"ל הכל באריכות ותמלא מה שאוה נפשך) וכיון שהוכחתי דהחידוש של עד זוממים מה שמכשרינן בתראי לדעת הרמב"ם אבל מה שעדים הראשונים פסולים לאו חידוש משום שעדים אחרונים יש להם מיגו כמ"ש לעיל ומלבד המיגו נאמנים דהוה כנתברר לפנינו שעדים הראשונים פסולין דלא נוכל לומר כדברי הגאון רע"א בתשובותיו בס' קל"ו דהמיגו הוה כמו אנן סהדי והוה כמו שבאים עדים אחרים לסייעם דלא נוכל לומר כן דתרי כמאה וא"כ אמאי נאמנים וגם לא נוכל לומר שהמיגו הוא ענין אחר בפ"ע ובצירוף עדותן עם המיגו משו"ה נאמנים העדים שיש להם מיגו · הא כבר כתבתי לעיל דכל שאין העדים נאמנים מחמת דיבורם לבד רק שצריכין לצרף עוד דבר אחר כדי להאמינם לא מקרי עדים והבאתי לזה ראיה מפורשת · לכן אנהנו צריכין לבאר · הא דאמרינן :

פרח טו

הא דאמרינן ביבמות (דף ל"א ע"א) ותו בשני כתי עדים נמי ספיקא דרבנן הוא דאמרינן אוקי תרי לגבהדיא תרי והשה אוקמא אחזקה מידי דהוה אהכי דבר שטיא דבר שטיא זבין נכסי אתו בי תרי ואמרו כשהוא חלים זבין ואתו בי תרי ואמרו כשהוא שוטה זבין אמר רב אשי אוקי תרי לגבדי תרי ואוקמא ארעא בחזקת בר שטיא עכ"ל הגמרא ורבה ורב יוסף סברי שם בגמרא דתרי ותרי הוה ספיקא דאורייתא ולדידהו לא מוקמינן בחזקת בר שטיא ולכאורה צריכין להבין טעם מחלוקתן · דמה שכתב הגאון רע"א בתשובותיו בס' קל"ו והביאותיו לעיל בפרח ט' דפליגי בהא דמאן דאית ליה דתרי ותרי הוה ספיקא דאורייתא ולא מוקמינן החזקה משום דבכל מקום קיל"ן דתרי מסלקין החזקה והחזקה כמאן דליתא וגם דלא אלימא החזקה יותר משני עדים אחרים שבאים לסייע לכת אחת דאין נאמנים דתרי כמאה · ומאן דסובר דתרי ותרי הוה ספיקא דרבנן ומדאורייתא אוקמינן אחזקה סובר אוקי תרי לגבי תרי ומוקמינן אחזקה והא דאמרינן דהרי כמאה היינו דוקא בעדות · אבל חזקה לא הוה ענין עדות · ויתם הסברא הזאת שבעלי התוספות סוברים כן במה שדברי התוספות סתרי אהדדי בב"ב עם ב"ק ולפענ"ד לא אדע את דבריו · דמה שימלא סברא זו מבעלי התוספות כבר כתבתי דהך נכון לעיל שלא יהי' נסתרין דברי התוספות אהדדי ע"ש · וגם אין אני מבין דבריו דאכתי לא ידעינן הטעם דמ"ד דתרי ותרי הוה ספיקא דרבנן ומדאורייתא אוקמינן אחזקה הא קיל"ן דכל מקום דתרי מסלקין החזקה והוה החזקה כמאן דליתא · ולכאורה הי' אפשר לומר דפליגי בהא דמאן דסובר דתרי ותרי מוקמינן מדאורייתא אחזקה היינו משום דהחזקה מתלמת כח עדות המסייע להחזקה והוה כח השני' כמאן דליתא כי יש שני עדים המסייעת להם חזקה שמחזקת את דבריהם ולא דמי אילו באו שני עדים אחרים ויסייע לכת אחת דבזה אין נאמנים אלו יותר מאלו דתרי כמאה אבל אם חזקה מסייעת לכת אחת מעדים המכחישים זא"ז · בזה נאמנים יותר העדים המסייעת להם החזקה דבשלמא אם באו שני עדים אחרים ויסייעו לכת אחת לא מתלמת השני עדים הראשונים רק הם עדות בפני עצמה ואמרינן תרי כמאה ומאה כתרי אבל בחזקה המסייעת לכת אחת החזקה מתלמת ומחזיק להם כמו שקראו הכמים של חזקה שהיא מחזקת את הדבר · ואידך מ"ד דסבירא ליה דתרי ותרי הוה ספיקא דאורייתא ולא מוקמינן אחזקה ס"ל כיון דצריכין העדות לצרף עם דיבורם החזקה לא מקרי עדות דעדים לא מקרי רק היכי דנאמנים על פי דבורם לבד ולא צריכין שום דבר לסייע להם ודמיא להא דאמרינן בקדושין (דף מ"ג) והשתא כו' כדכתבינן לעיל וכסברת הרמב"ם שכתבתי לעיל שכן דעתו בפרח ט' וגם מבואר שם שגם הרשב"א והריטב"א סוברים כן אבל המ"ד דסובר דתרי ותרי מדאורייתא אוקמא אחזקה סובר כסברת התוספות דהא דאמרינן בקדושין

דלא מקרי עדות היינו שצריכין לעשות מעשה אחר העדות שצריכין לשבע אבל בחזקה המסייע לכת אחת שהעדים אין צריכין לעשות מעשה כי החזקה ממילא מצד עצמה מסייעת להם מקרי שפיר על פי דיבורם לבד כמ"ש לעיל בפרח הנ"ל. אך לדעת התוספות נוכל לומר כן אבל לפי מש"כ לעיל לדעת הרמב"ם הא דהאמינה תורה בעדים זוממים עדות אחרונים הוא מצד גזרת הכתוב ומה שפסולים עדות הראשונים הוא מצד הדין לפי שיש לעדות בתראי מגו כמו שכתבתי לעיל אפ"ה אין נאמנים העדים בתראי לחייבם ממון לעשות להם כאשר זממו משום דכיון דצריכין לצרף עם עדותן מיגו ובלאו הכי אין נאמנים לא מקרי עדות משום דאין נאמנים על פי דבורם לבד · ע"ש שבארתי זאת בטוב טעם וגם הרשב"א והריטב"א סוברים כן כנ"ל · ודמיא להא דאמרינן בקדושין הנ"ל והשתא כו' לפ"ז לא נוכל לומר הטעם דמאן דסובר דתרי ותרי אוקמינן אחזקה משום דנצרף החזקה לכת המסייע להם ומשלמת כאן של עדות והוה כת השני' כמאן דליתא משום דאין העדים צריכין לעשות שום מעשה אחר עדותן כי הרמב"ם אין סובר כן כי גם בשני כיתי עדים המזימין ויש לכת האחרונה מיגו אין נאמנים מצד הדין דלא מקרי על פי דבורם לבד כי צריכין לצירוף המגו אף דשם ג"כ אין צריכין לעשות שום מעשה · אך מצד זה נוכל לקיים זאת כי משמע שהרמב"ם פוסק כמ"ד דתרי ותרי הוה ספיקא דאורייתא עיין בח"מ ס' ל"ד סעיף כ"א שהביא לשון הרמב"ם (ועיין בביאור הגר"א זלה"ה) אבל מצד אחר לא נוכל לומר כן דהא כתבתי לעיל דהרמב"ם הוציא דין זה מהא דאמרינן בקדושין (דף מ"ג) ד"ה והשתא וכו' כי בודאי אם לא נמצא סברא כזאת בש"ס לא הוה אמרינן מעצמם ומה דמסיק הגמרא בקדושין שם והשתא · הוא לרב נחמן שהוא סובר כן ומוכח לדעת הרמב"ם דרב נחמן סובר דכל עדות הצריכין לצרף עמהם עוד דבר אחר אף שהעדים אין צריכין לעשות שום מעשה כגון לשבע אלא אפילו אם צריכין לצרף עמהם מגו או חזקה שאינם צריכין לעשות שום מעשה ג"כ לא מקרי על פי דבורם לבד ולא מיקרי עדות · א"כ יהיה מוכח לדעת הרמב"ם שרב נחמן סובר דתרי ותרי הוה ספיקא דאורייתא ובפירוש אמר רב נחמן בכתובות (דף כ' ע"א) דבתרי ותרי המכחישין זא"ז מוקמינן נכסים בחזקת בר שטיא ובפירוש אמרינן בגמרא ביבמות (דף ל"א ע"א) הנ"ל דמאן דסובר דבתרי ותרי אוקמינן נכסים בחזקת בר שטיא סובר דתרי ותרי הוה ספיקא דרבנן ומדאורייתא מוקמינן אחזקה · ולפי דברינו עדיין צריכין להבין לדעת הרמב"ם מאי טעמא של המ"ד דבתרי ותרי מוקמינן אחזקה מדאורייתא · אך לפי דברינו שכתבתי למעלה בפרח ז' דהא דכתיב בתורה על פי שנים עדים יקום דבר ולא ע"פ עד אחד היינו כגון היכא שבא להוציא ממון מיד המוחזק בהא אמרינן דאין עד אחד נאמן אבל היכי שאינו בא להוציא מיד המוחזק כגון שמונח מעות או חפץ ברה"ר ובאו שני אנשים ואמר כל אחד ואחד שהוא שלו ויש עד אחד שמעיד לאדם אחד שכדבריו כן הוא שהוא שלו בהא נאמן עד אחד ג"כ · ע"ש שהבאתי ראיות לזה והבאתי פוסקים שסוברים כן לפ"ז יובן טעם פלוגתתן דאיתא בגמרא ביבמות פרק האשה רבה (דף פ"ח ע"ב) כדתניא רבי נחמיה אומר כל מקום שהאמינה תורה עד אחד הלך אחר רוב דעות פירש דנאמנים שלשה עדים יותר משנים דבזה הדין שהאמינה לעד אחד לא אמרינן תרי כמאה ומאה כתרי · וגם זאת נקדים לומר הא דאמרינן תרי כמאה ומאה כתרי היינו דוקא גבי הזמה כדכתוב בתורה גבי הזמה (בפרשת שופטים) על פי שנים עדים יומת המת והקיש התורה שנים לשלשה דאינן נאמנין אלו יותר מאלו דאל"כ מיותר השלשה דאם שנים נאמנים כ"ש שלשה וזה מיירי גבי הזמה דכתיב בו קרא יומת המת ובהכחשה ליכא דין מיתה לשום אחד מהם כנודע וגם המשנה במכות (דף ה' ע"ב) שלמדו מהפסוק זה דתרי כמאה מיירי גם כן לענין הזמה ע"ש · א"כ נוכל לומר דדוקא גבי הזמה גילתה לנו התורה דתרי כמאה ומאה כתרי כי הרבה דברים נתחדשו גבי דין עדים זוממים כמבואר בב"ק (דף ע"ב ע"ב) · ובמכות (דף ב' ע"ב ובדף ד' ע"ב ובדף ה' ע"ב) מבואר עוד דבר אחר שחידשה התורה גבי עדים זוממים עיין ברש"י שם (דף ד' ע"ב) ד"ה שכן קנס · ונוכל לומר דגם זה חידשה התורה גבי עדים זוממים כי מצד הסברא נאמנים שלשה יותר משנים כדאמרינן ביבמות הנ"ל כל מקום שהאמינה תורה עד אחד הולכין אחר רוב דעות א"כ גבי הכחשה דשם לא גילתה התורה שום חידוש שיהיה נגד הסברא לא ילפינן מהזמה דתרי כמאה דחידוש הוא · רק מוקמינן הסברא כדאמרינן ביבמות כל מקום שהאמינה התורה וכו' הלך אחר רוב דעות · נאמנים השלשה יותר משנים ובזה יובן שפיר הטעם דמ"ד דתרי ותרי מוקמינן אחזקה מן התורה דאוקמינן תרי נגד תרי ואף שהשני עדים מסלקין החזקה והוה כמו שאין חזקה שמסייעת לכת אחת מן העדים בכלל זאת קודם שבאו שני העדים המסלקין החזקה הוה חזקה טובה ומצרפין החזקה עם השני עדים והוה להו"פ כמו שלשה עדים כי עד אחד אינו נאמן נגד המוחזק אלמא חזקה יותר טובה מעד אחד וא"כ החזקה עם השני עדים הוה כמו שלשה עדים ושנים עדים אחרים מכחישים את השלשה ולהכי אתי שפיר דבתרי ותרי מצד הדין תורה מוקמינן אחזקה דהוה כמו שנים המכחישים לשלשה ואין לשום אחד מהם חזקת ממון כי שני עדים מסלקין החזקה והולכין אחר רוב דעות ונאמנים השלשה · אבל המ"ד דסובר דתרי ותרי הוא ספיקא דאורייתא ולא מוקמינן אחזקה משום דהוא סובר דהכחשה והזמה יש להם דין אחד בזה דתרי כמאה ומאה כתרי וכסברת התוספות בב"ב (דף ל"א ע"ב) ד"ה וזו באה בתירוצם הראשון דהכחשה והזמה שוין בזה ונוכל לומר דמהאי טעמא מתגו התוספות בתירוצם השני לומר כתירוץ הראשון משום דהתירוץ השני ס"ל דלא ילפינן הכחשה דיהיה תרי כמאה ומאה כתרי כמו גבי הזמה וכמו שכתבתי לעיל למ"ד שסובר דתרי ותרי ספיקא דרבנן · וזה דרך אחרת שלא כדעת הגאון הנ"ל שגם הוא כתב הא דפליגי בתרי ותרי אי הוה ספיקא דאורייתא או דרבנן פליגי בשני הסברות התוספות הנ"ל וגם כתב טעם אחר הא דמתגו התוס' בתירוצם השני מתירוץ הראשון בדרך אחרת והבאתי לעיל · ולפענ"ד דבר נכון כמו שכתבתי · והנה מה שכתבתי אף שסברא נכונה הוא אך כי בחידושי הרשב"א ביבמות (דף פ"ח ע"ב) ד"ה כשנשאת כו' וז"ל כתב ר"ת ז"ל בכתובות כשיש שם שלשה עדים ונשאת לאחד מהם דהכא ליכא תרי לבהדי תרי · הא בשנים ונשאת לאחד מהם ה"ל חד לגבי תרי דמאן דנסבה לא מהימן כדאמרינן במכילתין וכו' והביאו דבריו שאר הפוסקים ולא חלקו עליו רק דס"ל דבשנים ג"כ הדין כן אבל בהא דסובר הר"ת דשלשה נגד שנים אינה מותרת להנשא לאחר רק לאחד מעדיו דוקא כמו שמבואר בגמרא גבי נגד תרי בהא משמע דלא פליגי עליו ואם כדברינו למה לא מותרת להנשא אף לאחר בשלשה נגד שנים דהוה לן לאוקמינן תרי נגד תרי ונשאר עד אחד שאומר שמת ולגבי אשה עד אחד נאמן לכן נראה דלא ס"ל הסברא שכתבתי ומשמע דס"ל דהא דהולכין אחר רוב דעות היינו היכי דליכא שני עדים כשרים המעידים להיפך אבל כשיש שני עדים כשרים המעידין להיפך המה נאמנים אפילו נגד מאה המעידין להיפך דתרי כמאה · וגם זאת לא נוכל לומר דהר"ת ס"ל דתרי ותרי הוה ספיקא דאורייתא וא"כ לא יהיה מוכח מדבריו היפך דברינו דהא מבואר ברב אלפס בכתובות פרק ב' גבי שלשה שיבאו לקיים את השטר וקרא עליו ערעור על אחד מהם וכו' מבואר שם דר"ת ס"ל דתרי ותרי הוה ספיקא דרבנן עיין בר"ן שם לכן נראה טעם פלוגתתן בדרך זה דכתב הש"ך בח"מ (ס' פ"ז ס"ק ע"ו) דתרי ותרי מסלקין את עדותן לגמרי והוה כמאן דליתנייהו דמי ופסקינן הדין כמו שאם לא היה שום עדים בדבר זה הלוך הדין ה"נ ג"כ הדין אף לאחר שבאו העדים · ובעל קצוה"ח פליג עליו וס"ל דפסקינן דתרוייהו כתי עדים איתנייהו בזה הדבר והוה ספיקא · ולענ"ד דבזה הסברא פליגי דמאן דסובר דתרי נגד תרי הוה ספיקא דרבנן

מדאורייתא

ומדאורייתא מוקמינן אחזקה ס"ל דבשני כיתי עדים המכחישין זא"ז הדין שמסלקין עדותן לגמרי כסברת הש"ך והוה כמו שאין שם עדים כלל על המעשה הזאת ודנין כמו שאין עדים לכן גבי נכסי דברי שטיא מסלקין העדות לגמרי ונשאר החזקה לבד ומוקמינן על החזקה ודנין על פיה ומוקמינן נכסי בחזקת בר שטיא · והטעם דמ"ד דתרי ותרי הוה ספיקא דאורייתא ולא מוקמינן אחזקה ס"ל כסברת הקצה"ח דהדין דפסקינן דתרוייהו איתנייהו בזה המעשה וא"כ אין יכולים לדון אחר החזקה כיון דשני עדים מסלקין החזקה א"כ לפי כת אחת מן העדים נסתלקה החזקה ולכן סובר דתרי ותרי הוה ספיקא דאורייתא ולא מוקמינן אחזקה :

וגם לפי מה שכתבנו כעת ג"כ מוכח דמאן דאית ליה דתרי ותרי הוה ספיקא דרבנן מוקמינן נכסי בחזקת בר שטיא ומוציאין מיד הלוקח אף שהוא מוחזק עד עכשיו בשדה זו דאם לא היה הלוקח מוחזק בהשדה גם למ"ד דס"ל דתרי ותרי הוה ספיקא דאורייתא ג"כ מוקמינן נכסי בחזקת בר שטיא אף שחזקתו מספק כמ"ש הגאון רע"א הנ"ל · אך כיון דהלוקח מוחזק בהשדה למ"ד דתרי ותרי הוה ספיקא דאורייתא אין אנו יכולים לעשות מעשה להוציא מיד הלוקח השדה אף שלא נקרא מוחזק מ"מ מוכרחים לעשות מעשה להוציא מידו וזה לא נוכל לעשות לכתחילה מעשה מספיקא אבל למ"ד דתרי ותרי הוה ספיקא דרבנן ומדאורייתא מוקמינן אחזקה ולקמן אבאר שהחזקה שיש לבר שטיא מקרי מוחזק ממש לא חזקת מרא קמא · ולכן החזקה הזאת מוציאה מיד הלוקח אף שהוא מוחזק בהשדה · א"כ לפ"ז מוכח דלא בעינן שני עדים אם שניהם אינם מוחזקים דאם הדין דאף דאם שניהם אינם מוחזקים בעינן נמי שני עדים ולא נאמן בזה עד אחד וגם על זה נכתב בתורה על פי שנים עדים יקום דבר א"כ היכי אמרינן דהחזקה של בר שטיא מוציאה מיד הלוקח המוחזק כעת בשדה זו הא כתיב בתורה על פי שנים עדים יקום דבר ולא על פי חזקה · דשני עדים עדיפא מחזקה כי מסלקין לכל החזקות שבעולם אף אם עומדת כנגדם מאה חזקות אלא ע"כ הא דכתיב בתורה על פי שנים עדים יקום דבר היינו היכי שבאין להוציא מיד המוחזק שיש לו דין חזקת המוחזק כגון שבאין להוציא מיד המוחזק מטלטלין או קרקע מחזקת בעליה אבל היכא שהלוקח מוחזק בקרקע ויש להמוכר קרקע חזקת בעליה לפי החזקה הזאת לא נקרא הלוקח מוחזק מצד הדין על זה לא בעינן שני עדים ונאמן עד אחד להוציא מיד הלוקח או החזקה שיש לבר שטיא שהוא מצד הדין נקרא חזקה · והוה סיוע לדברינו שכתבנו למעלה דעד אחד נאמן בדבר שבערוה היכי דליכא חזקה :

פרח טז

וגם נרלענ"ד להוכיח מיבמות (דף ל"א) שלא כדעת הגאון רע"א בתשובותיו בס' קל"ו שכתב דמאן דסובר ביבמות הנ"ל דתרי ותרי ספיקא דאורייתא ולא מוקמינן אחזקה הוא סובר כתירוץ הראשון של התוספות (כ"ב דף לא ע"ב) ד"ה וזו באה · שכתבו דלא מהמני עידי בתרא שיש להם מיגו משום דמיגו לא עדיף משני עדים אחרים שבאים לסייעם דאין נאמנים אלו יותר מאלו דתרי כמאה וכמו כן ה"נ בתרי ותרי לא מוקמינן אחזקה משום דהחזקה לא עדיף משני עדים אחרים הבאים לסייעם דאין נאמנים · ולפענ"ד לא דמי זה לזה כלל דהמיגו שיכולים לטעון הוא אצל העדים ולא גבי בעל דבר וכיון דשנים מכחישים את העדים מכחישין את העדים עם המיגו שלהם שהם אומרים שקר הם אומרים אבל בתרי ותרי וחזקה מסייעת לכת אחת מן העדים אף שעדים אחרים מכחישין את העדים בכל זאת אינם מכחישין את החזקה כי גם לפי דבריהם הי' מקודם הקרקע שייך למוכר וכיון דאינם מכחישין את החזקה הוא כאילו באו עדים אחרים ולא הכחישום וה"נ גבי חזקה מסייעת לכת אחת מהם הוה לן לאוקמינן אחזקה דהא החזקה לא הכחישו · ולכאורה יש ראיה מהגמרא הזאת לסברא שלי הנזכר בסוף פרח הקודם דמאן דסובר תרי ותרי ספיקא דאורייתא ביבמות הנ"ל הטעם שלו דסובר כסברת הש"ך דתרי ותרי הוה כמאן דאיתא לכן מסלקין החזקה והוה ספיקא דאורייתא ומאן דסובר דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומוקמינן אחזקה כמבואר ביבמות שם סובר כדעת קצה"ח הנזכר בפרח הקודם דתרי ותרי הוה כמאן דליתא לכן מוקמינן אחזקה ע"ש באריכות קצת דקשיא לן בגמרא האיך מוקמינן הנכסים בחזקת בר שטיא הא בב"מ (דף י"ד ע"א) דאחריות טעות סופר משום דחזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי אף שמחלקי שם בגמרא בין שטרי הלואה *) לשטרי מקח וממכר משום דעביד איניש דזבין ארעא ליומא אבל רבא פסק שם (בדף ע"ו ע"ב) דהלכתא דאחריות טעות סופר בין בשטרי הלואה ובין בשטרי מקח וממכר וכן פסקו הפוסקים (עיין בח"מ ס' קי"א ורכ"ה בסעיף א') משום דגבי מו"מ יש ג"כ החזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי עיין בסמ"ע שם אלמא דבחזקת דלא שדי איניש זוזי בכדי מוציאין מיד המוחזק א"כ קשה הא קיי"ל בח"מ (ס' ל"ו סעיף ה') דאם *) לוה לשוטה אינו חייב לשלם אף לאחר שנתרפא (ועיין בח"מ ס' תכ"ד סעיף א') וא"כ בודאי לוקח שקנה קרקע בודאי לא קנה בעת שהיה שוטה דחזקה לא שדי איניש זוזי בכדי · ואין לומר דהוא לא ידע אם הוא שוטה או לא והקני' הי' ע"י עדים והם אמרו לו שהוא חלים דליכא החזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי אי אפשר לומר כן דהאיך העדים באים לעשות לו טובה לקנות לו הקרקע ובזה יפסידו אם אינו אמת כדבריהם שאומרים שהוא חלים דהא בודאי יבואו עדים אחרים ויעידו כשהוא שוטה זבין ויפסידו לו המעות שנתן בעת המכירה · וא"ל דהעדים היו עם המוכר כל שעת מכירה וראו שלא היו שם עדים אחרים ע"כ לא חשבו שמא יבואו עדים אחרים ויכחישום והם בעצמם ראו וידעו שהוא שוטה והם משקרים כי באמת היה שוטה דחזקה דאין אדם חוטא ולא לו כמבואר בב"מ (דף ס"ד ע"ב) אף דבמ"א שדית נראה בזה החזקה דיכול להיות שאדם עושה עבירה אף אם אינו מגיע לו שום הנאה ויעבתי הגמרות הנ"ל ע"ש · מ"מ העדים יש להם חזקת כשרות וגם נצטרף להם החזקה דאין אדם חוטא ולא לו אף שאינו חזקה אלימתא כמ"ש לעיל ובשני החזקות כאלו שיש לעדים אין סברא שנחשוד אותם שיבואו לכתחלה לשקר וכדכתבתי לעיל · דהא חזינן בקדושין שם דאמר אחד קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתי ואח"כ בא אחד ואמר אני קדשתיה דאמר רב דנאמן ליתן גט דחזקה דאין אדם חוטא ולא לו אבל לא לכנוס ורב אסי אמר דנאמן אף לכנוס ופירש"י הטעם משום דלא חציף איניש לומר בפני האב אני קדשתיה דאולי יכחישו האב ואף אם נאמר דלהכי אמרינן שם דאין אדם חוטא ולא לו היינו משום דרב ס"ל ג"כ סברת רב אסי דלא חציף איניש ואפי"ה אינו נאמן לכנוס דיצרו תקפו וא"כ לא מוכח מהגמרא רק דמצרפינן החזקה דאין אדם חוטא ולא לו עם הסברא דלא חציף איניש משו"ה נאמן ליתן גט לרב אבל החזקה דאין אדם חוטא לבדה נוכל לומר דלא אמרינן מ"מ · עכ"פ מוכח משם דהיכי דיש לצרף עם החזקה דאין אדם חוטא ולא לו בסברא לבד כזה אינו נאמן ובצירוף שניהם נאמן להוציא אשת איש אף דבכל מקום בעינן בדבר שבערוה שני עדים ומכש"כ כשיש לצרף עם החזקה אין אדם חוטא ולא לו חזקת בני עדים כשרים שבחזקה כזו נאמנים בכל מקום הן בדבר ערוה הן בממון רק הכא שיש לעדים המכחישין אותם ונצרף שני החזקות חזקת שני עדים כשרים וחזקת אין אדם חוטא בודאי יהיו נאמנים וא"ל דהא גם בשני עדים אחרים המכחישים אותם ג"כ יש חזקה דאין אדם חוטא ולא לו ויש להם ג"כ שני החזקות כנ"ל דהא בודאי אחד מכת העדים אומרים שקר דהא מכחישין זא"ז ויכולים לומר

*) כבר כתבתי בספרותי לעיל כי דיני ממונות מהלואות ולקוחות שהבאתי בספרי אינם נוהגים עתה בזמננו : רק היה נוהג בימי התנאים והזכרתים רק דרך פלפול ·

לומר שהמוכר שכרן לבת האחרונה וליכא חזקה דאין אדם חטא ולא לו · וא"ל אפכא דהלוקח שכרן לעדים הראשונים שיעידו כדבריו וליכא להם חזקה אין אדם חטא ולא לו · דא"א לומר כן · דאם שכרן מה צורך ליתן מעות בעד הקרקע הלא טוב שישכרם שיעידו שמכר לו הקרקע אף שלא נתן מעות ובגמרא משמע דאין מחולקין של דמי המכירה אם נתן או לא דהא בגמרא לא הוזכר רק או כשהוא שוטה זבין או כשהוא חלים זבין וזה אפשר לומר דלעולם מיירי דלא נתן מעות כעת רק השוטה זקיף לו דמי המכירה במלוה וכשיתבע השוטה ממנו המעות בעת שהוא שוטה יכחישו ואין ב"ד נזקקין לטענת שוטה אף להשביע להנתבע וכדפסקו בח"מ ס' נ"ו הנ"ל וכשתבע השוטה את הלוקח בעת שהוא חלים אז יתן לו הדמים בפני ב"ד או בפני עדים ויהי' להלוקח עדים שמכר לו את הקרקע עכ"פ בעת נתינת המעות כשהי' חלים · אבל יש לי הוכחה דהגמרא מיירי שנתן הלוקח דמי המכירה בעת המכירה דהא לכאורה צריכין להבין הגמרא בכתובות (דף כ') דמתחילה פתח הגמרא מידי דהוה אנכסי דבר שטיא דבר שטיא זבין נכסי וכו' וכפל הגמרא בדקדוק לשון נכסי שני פעמים · ולשון נכסי משמע דזבין קרקע או עבדים ולא מטלטלין כי מטלטלין אינם נכלל בלשון נכסי כמבואר בב"ב (דף ס"ב ע"א) ואי אמר לי' נכסי אפילו בתי ועבדי ופירש רשב"ם אבל מטלטלי לא עד דאמר ליה כל נכסי וכן כתבו התוספות שם דבמכירה אין מטלטלי בכלל נכסי (ועיין בח"מ ס' רי"ח סעיף כ"ד) ואח"כ סיים הגמרא ואוקי ממונא בחזקת בר שטיא בלשון ממונא בכולל הן קרקע הן מטלטלין ואף שביבמות הנ"ל סיימו הגמרא בנוסחא אחרת כי שם איתא ואוקי ארעא לפי הנראה הנוסחא דכתובות יותר אמיתי לפי הספרים שבידי כעת כי ברב אלפס ובמרדכי וברא"ש ובב"י בח"מ ס' רל"ה העתיקו כפי הנוסחא דכתובות עיי"ש בדבריהם בכתובות א"כ צריכין אנו להבין למה שינה הגמרא בלשונה דפתח בלשון נכסי וסיים בלשון ממונא וגם לשנות במקום דאיכא למטעי בדין דיכולים לומר גם במטלטלין הדין בתרי ותרי אוקמינן בחזקת בר שטיא דלשון ממונא כולל בין מקרקע בין מטלטלי אדרבה מדשינה בלשונה כדי לאשמועינן דבין אם מכר קרקע ובין אם מכר מטלטלין דינם שניהם שוה בתרי ותרי · ובפירש כתב המרדכי ותוספות ורא"ש שם דבמטלטלים אם זבין הבר שטיא לא מוקמינן בחזקתו אלא ודאי דמיירי דהלוקח נתן המעות בעת המכירה ובזה יובן מפני מה שינה הגמרא הלשון משום דאם לא סיים הגמרא ואוקי ממונא אלא סיימה אוקי נכסי לא ידעינן המעות שנתן הלוקח בעד הקרקע אם צריך להחזיר השוטה אי לא · ולהכי סיימה הגמרא בלשון ואוקי ממונא כדי לאשמועינן הדין שמוקמינן הן הקרקע והן דמי המכירה שנתן הלוקח להשוטה כולה מוקמינן בחזקת בר שטיא כי הקרקע מוקמינן בחזקתו מפני שיש עדים שמעידין כדבריו כשהוא שוטה זבין ומפני העדים הנ"ל לא צריך ג"כ להחזיר המעות להלוקח כי אבידה מדעת הוא כמ"ש לעיל אף שיש עדים אחרים שמעידים כשהוא חלים זבין ולפי עדים הללו הי' צריך להחזיר הקרקע · ואף מחמת כי הקרקע בחזקת בעלי' עומדת [illegible] עדים הראשונים היינו יכולים לטעות ולומר דלכה"פ המעות צריך להחזיר להלוקח · ולהכי סיים הגמרא ואוקי ממונא לאשמעינן שגם זה מוקמינן ממונא בחזקת בר שטיא כיון שיש עדים שמעידין שהי' שוטה בעת המכירה וקבלת המעות והמעות שנתן אבידה מדעת היא · ואי תקשי לך דגם עכשיו ששינה הגמרא וסיימו בלשון ואוקי ממונא נוכל ג"כ לטעות לאידך גיסא ולומר דהן דזבין שוטה קרקע והן דזבין מטלטלי דינם שניהם שוה דמוקמינן בחזקת בר שטיא דלשון ממונא כולל שניהם והיה להגמרא לסיים ואוקי נכסי כדי לאשמועינן דדוקא בקרקע הדין כן אבל לא במטלטלי כדכתבתי בשם התוספות והמרדכי והרא"ש שם · דזה אינו דהגמרא לא הוצרך לאשמועינן זה הדין דדוקא בקרקע ולא במטלטלין דזה מוכח בכמה מקומות בגמרא וקאתן בתוספות וברא"ש ובמרדכי · אבל זה הדין דאם הלוה מעות לשוטה דאבידה מדעת הוא לא נמצא בגמרא בשום דוכתא רק אם נתן הפן לקטן מוזכר בגמרא ב"ב (דף ס"ז ע"ב) ובב"י בשם הרב המגיד בס' ל"ו בח"מ אות י"ח הביא שיש סוברים שהדין דאבידה מדעת היא · ואין להוכיח מן המשנה דב"ק (דף פ"ז) חש"ו פגיעתן רעה החובל בהן חייב והם שחבלו באחרים פטורים ומשמע דפטורים אפילו לאחר שגדלו ונתרפאו מדתנא בהדייהו העבד והאשה דמשלמין לאחר שתתגרש האשה וישתחרר העבד ולא תני הכי בחש"ו משמע דלעולם אין משלמין · דזה אינו הוכחה · דזה דוקא גבי חבלה שאם דינם שוה קטן וחרש ושוטה דפטורין לעולם אבל גבי הלואה פסקו הפוסקים שם דקטן חייב נשלם לכשיגדיל משום דמטי הנאה לידו וא"כ יכולים לומר דגם השוטה חייב נשלם לכשיתפקח משום דמטי הנאה לידיה כמו גבי קטן ועל זה אין ראיה מהמשנה כי המשנה מיירי בדיני חבלה שאם פטור ג"כ הקטן אבל בהלואה אין ראיה וגם בעט"ת והרב ב"י מביאין ראיה מהמשנה רק לענין חבלה פטורין לעולם חש"ו ומה שחלקו שוטה מקטן לגבי הלואה הוא מגד הסברא לבד ולא מוזכר בש"ס החילוק הזה ויכולים לומר דלגבי הלואה דין השוטה כדין הקטן שישלם לאחר שנתרפא להכי סיימו בגמרא בכתובות שם ואוקי ממונא בחזקת בר שטיא לאשמועינן דיש חילוק בין שוטה לקטן דשוטה פטור לעולם אף לאחר שנתרפא אפילו גבי הלואה וגרע מקטן ויעויין תוס' סוכה מ"ו ד"ה ינוקא דהא עובדא דבר שטיא מיירי בעת נתפקח הדא דהגמרא הביא המעשה בהתימת ובשוטה עתים שוטה עתים חלים כמ"ש התוספות ועוד דהא ע"כ מיירי שנתרפא בעת שבא לב"ד דאל"כ לא היו ב"ד נזקקין לטענתיה כמ"ש בח"מ ס' נ"ו :

פרח טז אות ב

לאחר כתבי זאת מצאתי שהגאון ר' ישעיה פיק בהגהותיו על הש"ס מחק תיבת ממונא וגרס תיבת ארעא כמו ביבמות והביא ראיה מרשב"ם ב"ב (דף מ"ג ע"ב) כי הרשב"ם הביא ההיא דבר שטיא בכתובות ואיתא שם ארעא · ולפענ"ד יש ט"ס בדברי הרשב"ם וצ"ל ברשב"ם ואוקי ממונא כי ז"ל הרשב"ם בד"ה ואב"ע · נהכי לא מני שמעון לאפוקי מיהודא כגון דאית ליה סהדי לשמעון שהשדה שלו ואית ליה סהדי ליהודא שמכחישין לאלו ואומרים שהשדה של יהודה ואמור רבנן בכל ספק דין נחקור היכי דקיימא ארעא תקיים שלא היו ב"ד מוציאים מיד המחזיק בה כדאמר גבי פלוגתא דרבה ורב יוסף היכי דקיימא ארעא תיקום לפי שנסתפק לנו הדין · וכן גבי זה אומר של אבותי אמר רב נחמן כל דאלים גבר ומשום דמספקא לן · מי שרצה להחזיק יחזיק ולא נוציא מידו · וגבי נכסי דבר שטיא אמר נמי אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ארעא בחזקת בר שטיא וכו' ולפענ"ד דברי הרשב"ם אלו צריכין הבנה כי דבריו סותרין זה"ז דמתחילה אמר שהדין בתרי נהדי תרי מוקמינן הקרקע בחזקת המחזיק כעת ובייכ וגבי נכסי דבר שטיא אמר נמי הוקי תרי בהדי תרי ואוקי ארעא בחזקת בר שטיא · והם פירשו כל הפוסקים הראשונים והאחרונים שמוקמינן הקרקע בחזקת בר שטיא אף אם הלוקח מוחזק בכל זאת מוקמינן בחזקת בר שטיא מחמת כי קרקע בחזקת בעליה עומדת כנודע למעיין שם · ואף דיש לייבש הדינים לא סתרי הדדי דהכא החזקת הבתים העידו העדים של כל אחד שהוא שלו ואין לכל אחד מהם חזקת מרא קמא ולא נוכל לומר קרקע בחזקת בעליה עומדת כי אנו לא יודעים מי הם הבעלים לכן הדין שלא נוציא הקרקע מיד המוחזק עתה · אבל גבי בר שטיא הכל יודעים דהקרקע היה של בבר שטיא מקודם כמו דמסיק הגמרא שם בכתובות (דף כ') ולא תמרן אלא דאית ליה חזקה דאבהתיה וכו' לכן הדין

אף שלוקח מוחזק בכל זאת מוקמינן הקרקע בחזקת בר שטיא כי מקודם היה שלו והקרקע בחזקת בעליה עומדת · מ"מ אין ראיה מהא דבר שטיא להבוא דחזקת הבתים כי שם לא מבואר האיך הדין היכי דאין לשניהם חזקת מרא קמא בקרקע ותרי ותרי מכחישין זא"ז לאוקמה הקרקע ביד המוחזק עתה ויותר קשה שהרשב"ם הביא להסיא דחזקת הבתים שמוקמינן הקרקע בחזקת המחזיק כעת היכי דאיכא תרי ותרי המכחישין זא"ז מפלוגתא דרבה ורב יוסף שפסק הגמרא מחמת שמסופקים הדין כמאן כרבה או כרב יוסף דמוקמינן הקרקע ביד המחזיק עתה · ואף דעובדא דרבה ורב יוסף היה להמוכר חזקת מרא קמא דאל"כ אף שלרב יוסף אינו נאמן במיגו דאי בעי לא גאין ולאים להב"ד ששטרא זיופא הוא כי המיגו דבכל מקום מברר לפניו ב"ד שטענתו שטוען עכשיו הוא אמת דאם היה רוצה לשקר היה טוען טענה יותר טובה מהטענה שטוען עכשיו אבל לא נוכל להאמינו בטענה שהוא מודה שטענתו שטוען עכשיו הוא שקר ויאמינו בטענה שמשקר כעת משום דהי׳ יכול לשקר יותר מזה ולומר טענה יותר טובה · מ"מ נוכל להאמינו במיגו מה שאמר מינך זבינתיה במיגו דמעולם הי׳ שלי ולא היתה שלך מעולם ומלד מיגו זה הטענה שטוען עכשיו לפני ב"ד היא אמת והוה ככל מיגו הנמצאות בש"ס ובפוסקים · אלא ודאי ע"כ מיירי דיש לו חזקת מרא קמא בקרקע זו כי ידוע לפני ב"ד שהשדה היה של המוכר ואם הלוקח טוען שהוא שלו מוכרח לומר שלקחה לכן אינו נאמן על ראשית דבריו שטוען מינך זבינתיה במיגו דלהד"ם רק הסברא הוא שיהא נאמן בסוף דבריו דקאמר הא שטרא ועל זאת הסברא פליג רב יוסף כדפירש רשב"ם הטעם וגם בתוספות שם (בדף ל"ב ע"ב) בד"ה והלכתא משמע בהדיא מדבריהם שהמוכר היה לו חזקת מרא קמא והוכחתם בודאי מהטעם שכתבתי א"כ לכאורה קשה על הרשב"ם שבדף מ"ג ע"ב שמביא ראיה להך דינא דתרי ותרי מכחישין זה את זה שמוקמינן הקרקע בחזקת המחזיק עכשיו בעת שטוענים לפני ב"ד ושם לא היה לאחד מהם חזקת מרא קמא כי שנים אומרים שהוא של ראובן מעולם ושנים אומרים שהוא של שמעון מעולם דא"כ לא הוה מוקמינן הקרקע בחזקת המחזיק עתה רק הוה מוקמינן ביד מי שיש לו חזקת מרא קמא כמו בנכסי דבר שטיא וגם הרשב"ם פסק כן ולקמן אבאר דעת הרשב"ם האיך הוא פסק כן · א"כ בודאי מיירי דלא היה לכל אחד מהם חזקת מרא קמא וא"כ קשה האיך מביא ראיה מהסיא פלוגתא דרבה ורב יוסף דשם מיירי דהוה להמוכר חזקת מרא קמא כדכתבתי לעיל ואיך מביא ראיה להסיא דאין לכל אחד מהם חזקת מרא קמא וי"ל דכ"ש הוא דהשתא גבי פלוגתא דרבה ורב יוסף דיש להמוכר חזקת מרא קמא בכל זאת הט מוקמינן בחזקת המחזיק עכשיו מכ"ש בהך דינא דמיירי הרשב"ם דלא היה מעולם לכל אחד מהם חזקת מרא קמא בודאי מוקמינן בחזקת המחזיק עכשיו · אך דלכאורה קשה על הך פלוגתא דרבה ורב יוסף מפני מה אנו פסקינן כרבה בארעא דלא מוקמינן בחזקת מרא קמא וגבי נכסי דבר שטיא פסק הגמרא דמוקמינן בחזקת בר שטיא מפני חזקת מרא קמא וזה הקושיא הקשו בתוספות בד"ה והלכתא וכתבו שיש לדחוק ולחלק לפירש רשב"ם בין היכי דהב"ד מסופקים בדין ובין להסיא דבר שטיא דשם תרי ותרי ולא ביארו התוספות הסברא מפני איזה טעם יש לחלק ביניהם וסיימו התוס׳ שהוא דוחק לחלק ביניהם · ומ"מ אנו רואין שיש חילוק בין תרי ותרי דמוקמינן בחזקת מרא קמא ובין היכי שהב"ד מסופקים בדין מוקמינן בחזקת המחזיק כעת · ואם כן נוכל לומר אף דמוקמינן היכי דמסופקים בדין כמ"ש · בכל זאת בתרי ותרי אף היכי דאין לכל אחד מהם חזקת מרא קמא לא מוקמינן בחזקת המוחזק רק הדין כל דאלים גבר · ואם דבזה לא שייך הדין כל דאלים גבר אזי יחלוקו עיין בתוספות ב"ב (דף ס"ב ע"ב) ד"ה אהמר שם מוזכר הרבה פיסקי דינים היכי שהגמרא מסופק האיך לעשות בכמה אופנים ולא הוזכר שם בתוס׳ הטעם מה שפוסק הגמרא פעמים כך ופעמים כך רק שכתבו שהיה נראה לחכמי הגמרא לפסוק כן · וצריך לומר

דקים ליה להרשב"ם שבזה אין לחלק בין היכי דמסופקים בדין להיכי דתרי ותרי אף שאנחנו לא נדע הסברא מאיזה טעם הוא שוה על זה אין אנו חוששין כי גם התוספות לא כתבו הטעם · אך זאת קשה על דברי הרשב"ם שמביא ראיה מהך דנכסי דבר שטיא הדין דמוקמינן בחזקת מרא קמא ולא בחזקת המחזיק כעת להך דינא דמיירי רשב"ם ושם יהיה הדין דמוקמינן בחזקת המחזיק אף שהדינים אינם סותרין זה את זה דבהך דינא דמיירי הרשב"ם לא היה לכל אחד מהם חזקת מרא קמא · בכל זאת אין ראיה מנכסי דבר שטיא להך דינא של הרשב"ם דשם לא מבואר אף במשמעות קלא מהם שבאם אין לכל אחד מהם חזקת מרא קמא שמוקמינן בחזקת המחזיק עכשיו · ע"כ נלפענ"ד שטעות סופר יש ברשב"ם (בדף מ"ג) הנ"ל ויש לגרוס שם וגבי נכסי דבר שטיא אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת בר שטיא דלא כהגאון ר׳ ישעיה פיק שהוא מקיים הגירסא תיבת ארעא · והשתא מביא ראיה מנכסי דבר שטיא כי היכי דלא מחזיר הבר שטיא אף דמי המכירה שקיבל מהלוקח לפי העדאת כל העדים דבזה כל העדים הם שוין שקיבל המעות ואעפ"כ א"צ להחזיר מטעם שכתבנו דפטור מצד העדים שמעידים שקיבל דמי המכירה בעת שהיה שוטה ואז הוא פטור כמה שכתבתי למעלה ואף דתרי מכחישין אותן ומעידין שקיבל בעת שהיה חלים ולפי דבריהם לכל הפחות היה צריך להחזיר הדמים שקיבל משום דתרי ותרי מוקמינן הממון בחזקת המחזיק דדוקא גבי קרקע שייך חזקת מרא קמא ולא בממון · ולקמן אבאר בעז"ה · ולהכי מביא הרשב"ם ראיה כי היכי דבממון דלא שייך חזקת מרא קמא מוקמינן בחזקת המחזיק כעת כמו כן גבי קרקע היכי דאין לכל אחד מהם חזקת מרא קמא מוקמינן בחזקת המחזיק כעת דאין סברא לחלק בין ממון לקרקע דהא חזינן דפסק הגמרא כרבה בארעא מחמת דמסופקים בדין לא נוליה הקרקע מיד המחזיק כעת · וגבי ממון נמי פסקינן כהאי גוונא אלמא דאין לחלק בניהם · לכן הביא הרשב"ם מקודם הראיה מפלוגתא דרבה ורב יוסף כדי להראות שאין חילוק בין קרקע לממון ואח"כ הביא ראיה מנכסי דבר שטיא בממון לקרקע וכן איתא במרדכי פ׳ ב׳ דכתובות גבי נכסי דבר שטיא הביא בשם רשב"ם וז"ל · ופרק השואל פירש רשב"ם אוקי ממונא בחזקת בר שטיא דוקא מקרקעי וכו׳ אלמא דהרשב"ם היה גורס אוקי ממונא ולא אוקי ארעא ולא כהגאון ר׳ ישעיה פיק · ואי קשיא לך דהא הגירסא בגמרא אוקי ממונא בחזקת בר שטיא למה צריכין התוספות והרא"ש והמרדכי והרשב"ם ושאר מפרשים לכתוב שהדין דמוקמינן בחזקת מרא קמא דוקא בקרקע ולא במטלטלין והוצרכו להביא ראיה מרחוק ממקום אחר המבואר בש"ס הא גם הכא מבואר שבמטלטלים לא מוקמינן בחזקת מרא קמא מדלא מחזיר הבר שטיא דמי המכירה שקיבל לפי העדאת כל העדים מפני שהעדים שהעידו כשהוא שוטה זבין העידו ג"כ שקיבל גם המעות בעת שהיה שוטה ואז הוא פטור מלהחזיר כמ"ש א"כ מוכח מהכא דבתרי ותרי המכחישין זא"ז במטלטלין לא מוקמינן בחזקת מרא קמא כמו דאמרינן הכא גבי ממונא · יש לתרץ דיש חילוק בין מטלטלין לממון דבממון בודאי לא שייך חזקת מרא קמא משום דמעות להוצאה ניתנה ומוזכר זאת הסברא בש"ך בח"מ ס׳ נ"א סוף הסימן אף שהש"ך שם נראה כמסתפק בדבר בכל זאת גבי ממון דבר שטיא ודאי פשיטא להש"ך דבממון לא שייך כלל חזקת מרא קמא כמו שאבאר · דזה שנים רבות נתקשיתי בדברי הש"ך הלא מבואר בתוספות פרק המדיר (דף ע"ו ע"א) ד"ה על בעל כו׳ דבממון שייך חזקת מרא קמא שהקשו על הא דשואל דסובר דעל בעל המום להביא ראיה משום דמוקמינן את הפרה בחזקת מרא קמא והגא בשואל ס"ל בריש המוכר פירות (דף נ"ב) המוכר בור לחבירו ונמצא נגחן דאין המעות חוזרין ולא מוקמינן המעות בחזקת מרא קמא אלמא דהתוספות ס"ל דבממון גם כן שייך חזקת מרא קמא דאל"כ אין מקום לקושיתם וכן איתא בתוספות (ב"ב

דף ס"ב ע"ב) ד"ה ארעתא דהקשו דאם אמר ארעתא תרתי משמע מהא דפרק השואל האי מאן דמשאיל מרא לחבריה למרפק ביה פרדיסא רפיק כל פרדיסי דאית ליה כתבו בשם יש מפרשים וז"ל וי"מ דהתם יד המשאיל על התחתונה דשואל מוחזק אבל הכא יד לוקח על התחתונה שהמוכר מוחזק ואין נראה לר"י דהתם נמי שואל וסופו לחזור לבעלים הוה המשאיל מוחזק כדאמר רב נחמן קרקע בחזקת בעליה עומדת שואל וסופו לחזור לבעלים ואין לומר דיש לחלק בין קרקע למטלטלין דאין חזקת השוכר חשובה בקרקע כמו במטלטלין כדאשכחן לקמן (דף ל"ב) גבי מוכר שור לחבריה ונמצא נגחן דאזלי בתר מוחזק במעות עתה אע"פ שמתחילה היה של לוקח ולא אמרינן בחזקת בעלים הראשונים קיימא · דאין נראה לחלק דהא מיירי התם ר"נ אפילו בא בסוף החודש שנגמרה חזקתו שדר בה אפ"ה מוקמינן בחזקת בעלים וכו' עכ"ל · ובודאי כוונת התוספות הוא כך · דדוקא במטלטלין ומעות שסופן לחזור שייך חזקת מרא קמא אבל מטלטלין או מעות שאין סופן לחזור כי הא דמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן לא אזלינן בתר חזקת מרא קמא אלא אזלינן בתר המוחזק כעת · ובזאת יתפרשו דברי התוספת עי"ש · א"כ מוכח מדברי התוספות אלו ומהתוספת פ' המדיר דבממון שייך חזקת מרא קמא דלא כהש"ך · אחר זה ראיתי בספר קצה"ח ועיינתי שם שציוה לעיין בספר שב שמעתתא שלו ועיינתי בשמעתתא ד' פרק ט"ו שהקשה ג"כ על הש"ך הנ"ל מתוס' פרק המדיר והתוספות דב"ב לא הזכיר שם · ומסיק להלכה שם דבמעות שייך חזקת מרא קמא וא"כ הדרא קושין לדוכתא אמאי צריכין התוספות והרא"ש והמרדכי והרשב"ם לומר דדוקא בקרקע אזלינן בתר חזקת מרא קמא ולא במטלטלין והוצרכו להביא ראיה מרחוק הלא גם הכא מבואר דלא אזלינן במטלטלין בתר חזקת מרא קמא דהא חזינן דהכא אוקמינן המעות בחזקת בר שטיא אף דבמעות שייך ג"כ חזקת מרא קמא כדכתבתי וה"ה במטלטלים · ואין לדחוק ולומר משום דעכ"פ צריכין להביא ראיה דבממון שייך חזקת מרא קמא ולא אמרינן מעות להוצאה נתנה ועי"כ בקשו הראיה מהכא ומצאו במקום אחר דבמטלטלים לא אזלינן בתר חזקת מרא קמא · דזה אינו דהא כתבו התוספות בפשיטות דבממון שייך חזקת מרא קמא · ולא הביאו שום ראיה לזה אלמא דס"ל לסברא פשוטה דאין לחלק בין מעות למטלטלים ובכולם שייך חזקת מרא קמא · ויש לתרץ דודאי בההיא דמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן בזה המעות שייך חזקת המרא קמא כמ"ש השב שמעתתא וקושית התוספות שהקשה ממוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דנימא אוקי מעות בחזקת מרא קמא אינו קושיא לפי מ"ש בנימוקי יוסף ס"פ המוכר פירות דבמקח טעות ה"ל מעות הלואה ודינו כבע"ה ע"ש וכן פסק הרמ"א בח"מ ס"ס רל"ב · א"כ ודאי לא שייך מרא קמא כיון דאינו אלא חוב והתוספות שהקשו דנימא במעות מרא קמא גבי מוכר שור לחבירו היינו לשטתם ר"פ המוכר פירות דבמקח טעות ה"ל מעות פקדון ע"ש · וא"כ ודאי שייך מרא קמא · אבל בהך דינא דבר שטיא לפי העדים דבר שטיא שמעידין כשהוא שוטה זבין אם קיבל דמי המכירה ג"כ בשעה שהיה שוטה בודאי פטור להחזיר כמ"ש ואם אזלינן בתר העדים שמעידים שכשהוא חלים זבין וגם קבלת המעות היה בעת שהיה חלים לפי דברי העדים הללו מעידים שנתן דמי המכירה שיהא שלו לגמרי ויותר עדיף מהסברא לומר להוצאה נתנה כי המעות הם שלו לגמרי א"כ גם לפי דבריהם לא שייך במעות הזה חזקת מרא קמא · נמצא דלפי שני הכתי עדים לא שייך במעות הזה חזקת מרא קמא לכן לא אזלינן בהך ממון בתר חזקת מרא קמא אבל בהך דמטלטלים שרוצים התוספות והרא"ש והמרדכי והרשב"ם לאשמעינן דבמטלטלים לא אזלינן בתר חזקת מרא קמא יהיה כת אחת שיאמרו שהמטלטלין של הבר שטיא ואף לפי דברי כת האחרת שיהיה שבעת שהיה חלים זבין עכ"פ יעידו שהמטלטלין היה מקודם של הבר שטיא ונוכל לומר דבזה אזלינן בתר חזקת מרא קמא ולהכי הוצרכו הפוסקים הנ"ל להביא ראיה מרחוק דגם בזה לא אזלינן בתר חזקת מרא קמא אלא בתר המחזיק כעת :

העולה מדברינו שמוכח מהגמרא שלפי דברי שני כיתי העדים מעידים שקיבל הבר שטיא דמי המכירה דאין לומר דעדות דכי הוא שוטה זבין אינם יודעים אם קיבל דמי המכירה · דממ"נ מפני מה אינם יודעים אם היו בשעה שמעידים העדים שבשעה שהוא חלים זבין הלא ראו אם קיבל הבר שטיא המעות או לא ואם מכחישין אותו שלא קיבל המעות על זה לא איצטריך הגמרא לאשמעינן דמכמה דוכתא השמיענו הדין הזה ולא היה להגמרא לומר תיבת ממונא דנוכל לטעות דגם במטלטלים הדין כן כדכתבתי לעיל והיה לנקוט להגמרא בלשון שלא נוכל לטעות אבל לפי דברינו שגם העדים של בר שטיא מעידים שקיבל דמי המכירה נקט הגמרא לשון ממונא כדי לאשמעינן הדין שהשוטה פטור להחזיר דמי המכירה שזה הדין לא נמצא מבואר בשום דוכתא בש"ס · ולא חשש הגמרא שיכולין לטעות מלשון ממונא שגם במטלטלים הדין כן · כי זה הדין מבואר בכמה דוכתא בש"ס · כמ"ש לעיל · וסמך הגמרא שבודאי הכל יבינו מה שנקטו לשון ממונא כדי לאשמעינן שהשוטה פטור · אבל במטלטלים אין הדין כן דזאת פשיטא דלא נוכל לומר דמפני זה אינם יודעים בעדות מקבלת דמי המכירה שהעדים שהעידו שכשהוא חלים זבין מעידין שבעת אחרת שלא בעת המכירה קיבל דמי המכירה חדא דא"כ הי' צריך הבר שטיא להחזיר דמי המכירה אף שמכירת הקרקע אינו מכירה כי יש עדים שכשהוא שוטה זבין מ"מ בעת הקבלת דמי המכירה אינם יודעים אם הי' שוטה ויש עדים מעידים שכשהוא חלים קיבל דמי המכירה בודאי צריך להחזיר המעות · א"כ לא הי' להגמרא לומר תיבת ממונא · שנית דגם הקרקע הי' צריך לאוקמינן בחזקת הלוקח כי יש עדים שקיבל דמי מכירת הקרקע בעת שהי' חלים ועל זה אין כת אחרת שיכחישום וא"כ כשקיבל דמי המכירה בעת שהיה חלים הסכים למכירת הקרקע בעת הזאת והא ראי' שקיבל דמים · ואף אם נאמין לעדים של בר שטיא שבתחלת קנינו הי' שוטה · מ"מ כיון שקיבל הדמים בעת שהי' חלים הסכים בעת הזאת למכירת הקרקע והלוקח קנה בעת הזאת בכסף שנתן כי קרקע נקנה בכסף וגם בודאי עשה חזקה אחר כן אלא ודאי דגם העדים של בר שטיא מעידים שקיבל דמי המכירה בעת הזאת שמעידים העדים אחרים שקיבל הדמים רק שאומרים שבעת הזאת הי' שוטה והמכירה אינה מכירה וגם המעות אין צריך להחזיר כיון שהוא שוטה ועל זה אמר הגמרא תיבת ממונא שעושים כדברי העדים של בר שטיא הן במכירת הקרקע שאינה מכירה והן שהבר שטיא פטור להחזיר הדמים כיון שהי' שוטה בעת הזאת כנ"ל ודוק :

[ואם נאמר דהלוקח לא רצה לגזול קרקע בחנם ולעבור על לאו דלא תגזול ומשום הכי נתן הדמים משום דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו כמבואר בב"מ (דף ה' ע"ב) וכן הוא האמת כדפסקו בח"מ ס' ל"ד סעיף י"ב ועיין בבה"ט ובסמ"ע שם אף שמדרבנן אסור בכל זאת מה שיכול להקל באיסור עושה כדאמרינן בחולין (דף ד' ע"ב) מפני שהם מחליפין · דזה לא נוכל לומר כן דזה הוה כשנתן מעות לפיקח אבל לא כשנתן מעות לשוטה בזה יעבור על לאו דלא תחמוד אף אם נתן מעות דהא חזינן היכי שלוה מעות לשוטה פטור השוטה מלשלם אף לאחר שנתרפא כדכתבתי לעיל והטעם דאבידה מדעת היא כדאמרינן בב"ב (דף פ"ז ע"ב) דהיכי דנתן לקטן אבידה מדעת היא ופירש"י שם דודאי הפקירה כיון שאין יכול לשומרה וה"ה בשוטה בודאי הפקירה והשוטה דמיירי ביבמות ובכתובות עתים חלים ועתים שוטה כדכתבו התוספות שם בכתובות ד"ה ואוקי ממונא ובשיפקת השוטה נמצא דהלוקח מחזיק קרקע שלו בלא מעות והמעות שנתן כשהי' שוטה הפקירן ועובר על לא תגזול ועל לא תחמוד ובעת שהי' שוטה לא הי'

תועלת נשקל לו האיסור בנתינת המעות דהא איסורא דרבנן איכא אף בנתינה מעות ובלא נתינת מעות ג"כ אינו אלא מדרבנן דהא גזל חשו"ק אינו אלא מדבריהם כמבואר בגיטין פרק הנזקין כידוע · וא"ל דעכ"פ יש לו תועלת בעת שמחזיק בקרקע כשהוא שוטה וגם נתן מעות אף איסור דרבנן ליכא דכהאי גווני לא אמרו רבנן · חדא דזה דוחק הוא דכל אחד יחזיק בקרקעות שוטה ויתן לו דמים והדמים אינו יכול לשומרן ולא יהיה שום איסור וגם השוטה עתים חלים ועתים שוטה אולי יתפקח לגמרי ולא תועיל בנתינת המעות שנתן כשהיה שוטה וא"כ לא נוכל לומר דשכרן הלוקח העדים שיעידו שהי' חלים דמה לו ליתן המעות ישכור שיאמרו שמכר לו ולא יתן לו מעות כלום ובגמרא משמע דנתן מעות כמ"ש לעיל · וא"ל דאם המוכר שכרן לעדים האחרונים שיעידו שמכרו כשהוא שוטה · ויצטרך להחזיר המעות ללוקח דמי המכירה שנתן · הוה ליה להשכירן שיעידו שלא מכרן כלל · זה אינו דהא גם אם כשהוא שוטה זבין ג"כ אין צריך להחזיר המעות · דהא כשלוה אין צריך לשלם אף לאחר שנתרפא כדכתבנו לעיל · אלא ודאי דלא סמיך הלוקח על העדים שיבחינו אם הוא שוטה או לא שהעדים אין צריכין לידע אם הוא שוטה אם לא וכדכתב הר"ן שם בכתובות שהעדים לא דקדקו אם הוא שוטה אם לא וא"כ ע"כ הוא בעצמו הבהין לידע שהוא חלים דחזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי] וכבר הוכחתי דחזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי הוא טובה יותר מחזקת המוחזק וא"כ קשה מפני מה מוקמינן בחזקת בר שטיא משום דתרי ותרי מוקמינן אחזקתו דהיינו חזקת המחזיק שהבר שטיא נקרא מוחזק מפני חזקת מרא קמא שמקודם היה שלו אדרבה היה לנו לאוקמי הנכסי ביד הלוקח משום דמוקמינן תרי לגבי תרי ואוקמינן אחזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי שהוא חזקה אלימתא יותר מחזקת בר שטיא · ואין להקשות בקצרה אף בלא החזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי · הא לכאורה קשה כיון דכבר הוכחנו דהגמרא איירי דהלוקח נתן מעות לשוטה בעת המכירה ע"כ העדים שהעידו שכשהוא חלים זבין והקרקע בחזקת הלוקח הם אומרים אמת דאל"כ למה צריך הלוקח ליתן המעות יעידו גם זה בשקר שנתן המעות כמו שמעידים בשקר שכשהוא חלים זבין וירויח הלוקח המעות וכ"ת דכל מה שהלוקח והעדים יכולים להקל האיסור עושים כדאמרינן בחולין הנ"ל הא כבר הוכחנו לעיל שחומר האיסור שוה בין נתן הלוקח המעות בין לא נתן המעות כדלעיל וא"כ קשה היו להם להב"ד לאוקמי הקרקע בחזקת הלוקח שהעדים שמעידים שכשהוא חלים זבין הם מעידים אמת ואין לתרץ דהא קיימינן דמיגו דבתרי לא אמרינן וא"כ אין לנו להאמינם מטעם שאם ירצו לשקר לעשות טובה להלוקח היה להם לשקר ולעשות טובה יותר שלא יצטרך ליתן מעות שהם יעידו שנתן דהא מיגו דבתרי לא אמרינן · דהא כתבו התוספות בקדושין (דף מ"ג ע"ב) וז"ל ואומר הר"ר יעקב מקולי דבטענות שנפטרין בה ממון כי הכא בטוחים הם זה על זה שיאמרו דבר אחד ולכך אמרינן הכא דנאמנים במיגו עכ"ל נמצא מוכח מדברי התוספות דלטובתם אמרינן מיגו דבי תרי וגם זה אם יעידו שקר שנתן הלוקח המעות יגיע להם טובה דהא כבר הוכחתי דהא בחנם לא יעידו שקר מחמת שני חזקות חזקת כשרות שני עדים וחזקה אין אדם חוטא ולא לו · וא"כ אם המה משקרים בודאי שכרן הלוקח ואם יעידו שנתן המעות · יתן להם הלוקח יותר ויהיה להם הנאה אם יעידו כפי טענת המיגו מא"כ בשאר מיגו דבי תרי דלא אמרינן דשם לא יהיה הנאה מניה להאמין להעדים יותר אם יעידו כפי המיגו דהא הבע"ד והעדים סוברים דיהיה מועלת העדות כמו שאומרים כעת וא"כ קשה היה לנו להאמין להעדים שמעידים שכשהוא חלים זבין מטעם מיגו שלהם · ויש לתרץ דהא גם העדים שמעידים שכשהוא שוטה זבין יש להם ג"כ מיגו שאם הם משקרים היה להם לשקר להעיד שהבר שטיא חזר ולקח מהלוקח הקרקע שמכר וזה המיגו שיש לעדים שמעידים שכשהוא שוטה זבין הוא יותר טוב מהמיגו שיש להעדים שמעידים שכשהוא חלים זבין דהטענת המיגו של המעידים שכשהוא חלים זבין ונתן הלוקח דמי המכירה לבר שטיא אף שהאמת שלא נתן והיה שוטה יש כנגד זה עדים המכחישין אבל הטענת המיגו שיכולים להעיד המעידים שכשהוא שוטה זבין שחזר ולקחו הבר שטיא מהלוקח הקרקע שמכר על זה אין מי שיכחישום א"כ מצד המיגו יהיו נאמנים העדים דבר שטיא · וזה אין להקשות למה אמרו בגמרא אוקי תרי לגבי תרי ואוקי ממונא בחזקת בר שטיא דמשמע שמצד הדין הם נאמנים דאל"כ היה לו לרב אשי לומר בקיצור דהדין עם בר שטיא או שהממון של בר שטיא והאריך בלשונו כדי לרמז הטעם שמפני מה הדין עם בר שטיא הוא מצד שיש לעידי של בר שטיא חזקה המסייעת להם ומצד חזקה הם נאמנים יותר ולפי דברינו לעיל לכאורה קשה היה ליה לרב אשי לומר כי מצד המיגו שיש לעידי הבר שטיא שהוא יותר טובה מהמיגו שיש לעידי הלוקח לכן הם נאמנים יותר · וזה נוכל לתרץ דחדא מתרי טעמיה נקיט כדאיתא בכמה מקומות · אחד מהם בב"ק (דף ק"ו ע"ב) משני הגמרא בזה האופן · היוצא מדברינו דבלא החזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי לא קשה כלל על הגמרא · רק מחמת דכבר הוכחתי לעיל דחזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי היא יותר טובה מחזקת המוחזק · א"כ קשה היה לנו להאמין לעידי לוקח כי יש להם חזקה המסייעת להם היינו חזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי שהיא אלימתא יותר מחזקת המוחזק שבחזקה זו מוציאין מן המוחזק כנ"ל · ואם נאמין לעדי בר שטיא מחמת כח המיגו שיש להם הוא יותר טובה מהמיגו שיש לעדי הלוקח כדכתבתי לעיל א"כ היה להגמרא לומר הטעם שמפני זה נאמנים עדי בר שטיא מחמת שהמיגו שלהם יותר טובה ונקיט הגמרא הטעם של חזקה דלאו עיקר הטעם ושבק טעם המיגו שמיגו שלהם יותר טובה שהוא עיקר הטעם לפי זה · ואין לתרץ דלכאורה בכל מקום החזקה לא משוה העדים אלא החזקה הוא ברורה והכל יודעים החזקה אף בלא עדים · אבל הכא החזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי מאן משוה החזקה העדים דבר שטיא והם אומרים כשהוא שוטה זבין והנה הספק שאסר הוא ספק שהתיר ולכן נאמנים העדים דבר שטיא יותר כי החזקה אינה עומדת כלל נגד המיגו כזה דהספק שאסר הוא הספק שהתיר וזה סברא פשוטה דאמרינן בגמרא בכתובות (דף כ"ב ע"א) אמר רב אסי מנין להפה שאסר וכו' למה לי קרא סברא הוא · הוא אסרה והוא שרי לה אלא כי אצטריך קרא וכו' אלמא כי סברא פשוטה היא עד דאמרינן בגמרא דלא אצטריך קרא על זה · אבל במיגו לאו סברא פשוטה הוא · דהא חזינן דאיכא פלוגתא בין סומכוס ורבנן אי מוציאין ממון מיד המוחזק כשמסופקים במעשה דלסומכוס יחלוקו ומוציאין המחצה מיד המוחזק אף אם אינה מונח המעות בתגם · דסומכוס סובר דאף אם המעות מונח בבית המחזיק בכל זאת מוציאין הממון מחזקתו דחזקת המחזיק לא אלים כ"כ (עיין בב"ק דף מ"ו ע"א) ובתוספות ד"ה שור רק דרבנן ס"ל דאזלינן בתר חזקת המחזיק א"כ הא דאזלינן בתר חזקת המחזיק לאו סברא פשוטה הוא ואף דפריך שם הגמרא בע"ב למה לי קרא סברא הוא וכו' עיין בפני יהושע שכתב דהקושיא הוא דוקא לרב עי"ש · ומיגו להוציא הרבה פוסקים סוברים דלא אמרינן א"כ חזקת המחזיק עדיף ממיגו הא מוכח מזה דמיגו להו סברא פשוטה דהא חזקת המחזיק דעדיפא מינה הוכחנו דלאו סברא פשוטה מכ"ש במיגו דגרע מינה כ"ש דלאו סברא פשוטה · אך הראיה הזאת לא נתיישב אצלי מחמת כי התוספות שם בד"ה שור הגיח בקושיא דסותרות קך סוגיא עם הסוגיא דפרק השואל ובשאר מקומות שהקשה ג"כ קושיא ולא כתבו שום תירוץ · ומפני זה לא נוכל להוציא הדבר לאמיתו מן הסוגיא הזאת · כי בודאי יש תירוץ ואין אנו יודעים מה שנוכל ללמוד מהתירוץ · וגם כי דברי הפ"י הנ"ל דבריו אינם מובנים לי לפענ"ד ולא רציתי כעת לעיין ולתרץ הא. דפרך הגמרא הא למה לי. קרא כי למאוד צריך

הכנס · אך יש לנו להביא ראיה שספה שאסר הוא הפה שהתיר עדיף משאר מיגו מדברי הרמב"ן שהביאו הש"ך בח"מ ס' ק"ח ס"ק ז' לפי תירץ הראשון דספה שאסר הוא הפה שהתיר עדיף ממיגו אף דהיכי דלא אמרינן מיגו בכל זאת הפה שאסר הוא הפה שהתיר · אמרינן · ולפי זה נוכל לומר דהפה שאסר הוא הפה שהתיר מרע ליה להחזקה לגמרי ולא נקראת חזקה כלל · ולפי זה מאן שהוא להחזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי העדים של בר שטיא והם אומרים כשהוא שוטה זבין וא"כ לא הוה חזקה כלל דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ומפני זה מסיק הגמרא דמוקמינן נכסי בחזקת בר בטיא דאזלינן בתר המוחזק בחזקת מרא קמא וכ"ת דס"ל להגמרא לאשמעינו זאת דהפה שאסר הוא הפה שהתיר מרע לכך החזקה לגמרי על זה נוכל לומר דס"ל להגמרא דסברא זאת היא פשוטה · אך זה דוחק מאוד חדא דגם הש"ך מסיק שם בצ"ע אם עדיפא הפה שאסר הוא הפה שהתיר משאר מגו · ואיך נוכל לומר דסברא הזאת פשוטה · וגם כתב שם דלפי תירץ השני של הרמב"ן שהרמב"ן גופא אינו סובר כן · וגם הוכיח מן התוספות שאינם סוברים כן · וא"כ לפי דברי התוספות בודאי נשאר קושיתנו במקומו · בניה · דיש לנו ראי' מדפסקינן בח"מ ס' פ"ב סעיף א' בהג"ה בשטר שאינו מקוים ואמר הלוה אמת הדבר שהשטר אינו מזויף אבל קטן הייתי נאמן · וכתב בזה הש"ך בס"ק ג' בשם כ"י אע"פ שחזקה אין העדים חותמים א"כ נעשה בגדול ומבעי לן בעלמא אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא הכא ודאי אמרינן מגו או משום דאין כל החזקות שוות או משום דאוקי ממונא בחזקת מרא עכ"ל · והתם מאן משום החזקה שאין חותמים וכו' הלוה והוא בעצמו אומר שקטן היה ואעפ"כ קשיא להכ"י הא בעיא היא וכו' א"כ לא נוכל לומר דהפה שאסר הוא הפה שהתיר הוא מרע לחזקה לגמרי · דא"כ לא הוה קשה קושיות הכ"י מידי ומדחזינן שהקשה ומוכרח לתרץ שאין כל החזקות שוות א"כ מוכח אף שבעל דבר בעצמו משוה החזקה הוה חזקה אלימתא כשאר חזקות ואין להביא ג"כ ראי' מהגמרא שמוזכר שם כענין זה בכתובות (דף י"ח ע"ב) דאיתא התם ת"ר אין נאמנים לפוסלו דברי ר"מ וחכמים אומרים נאמנים וכו' בשלמא פסולי עדות וכו' קטנים נמי כדרשב"ל דאמר רשב"ל חזקה אין העדים חותמים על השטר אלא א"כ נעשה בגדול · ומדחזינן דר"מ סובר דאין נאמנים העדים במגו דקטנים הי' במגו דאי בעי אמרי מזויף הוא משום דעומדת חזקה דאין חותמים על השטר וכו' נגד המגו והך חזקה מאן משוה ליה העדים דאם הי' שתקו לא הוה חזקה דאין העדים חותמים כו' והם אומרים שקטנים היו ואפ"ה אין נאמנים אלמא אף בכה"ג הוה חזקה אלימתא · דזה הראי' נוכל לדחות דמן התורה אין צריכין קיום רק רבנן הוא דאצרכו קיום לפי זה מן התורה יש חזקה דאין העדים חותמים על השטר וכו' רק מדרבנן הוא דמצריכינן להעדים לעשות החזקה ולכן מקרי חזקה אלימתא אבל היכא דאף מן התורה מצריכינן להעדים לעשות החזקה לא הוה חזקה וגבי בר שטיא מן התורה מצריכינן העדים לעשות חזקה וא"כ לא הוה חזקה · ובדברינו אלו יתיישב קושיות התוספות שם (בדף י"ט) ד"ה חזקה וז"ל הכא משמע דלא אמרינן מגו במקום חזקה ולרבנן אמרינן וצ"ע דבעיא הוא בפרק קמא דב"ב ולא איפשטא גבי הגבע אחר זמנו ואמר פרעתיך תוך זמנו עכ"ל והניחו בקושיא · דיש לתרץ דהא אמרינן בכל מקום ספיקא דרבנן לקולא והטעם כ"ל כיון דמן התורה מותר לגמרי רק דחכמים אסרוהו לא אתי ספק דרבנן ומוציא ודאי דאורייתא דמן התורה מותר לגמרי ואזלינן בתר ודאי דאורייתא · וא"כ ה"נ דמן התורה אינו צריך לקיים השטר רק מדרבנן הצריכו קיום ונולד לן הספק בקיומם אם אמרינן מגו במקום חזקה או לא ואזלינן בתר ודאי דאורייתא כי הספק דרבנן אינו מוציא מודאי דאורייתא · לפי זה נוכל לומר הא דאמר ר' מאיר דאין העדים נאמנים לא משום דפשיטא ליה דלא אמרינן מגו במקום חזקה אלא דגם הוא מספקא ליה כמו דנסתפקו חכמי הגמרא ואפ"ה אינם נאמנים · כן נ"ל לתרץ · ומדרבנן ג"כ לא קשיא קושית התוספות · משום דגם הם מספקי להו אי אמרינן מגו במקום חזקה ואפ"ה ס"ל דנאמנים משום דבכל מקום דמספקי לן אזלינן לקולא להכתבא ולא נוכל להוציא מיד המוחזק ואף דלכאורה משמע שפוסלים חכמים בודאי השטר דאמרו דנאמנים לפוסלו ונפקא מינה אי ספק הוא אי אמרינן מגו במקום חזקה · או דלא אמרינן בודאי · נ"מ לענין תפיסה (עיין בחו"מ ס' ע"ה ס"ק ע') לפי זה נשאר לנו קושיות התוספות דלחכמים פסולים לגמרי :

ונ"ל לייסב באופן אחר דאמרינן בב"ב (דף קנ"ד ע"ב) אמר ליה אי עדים אלימי ומרעי שטרי [פירש בשא דס"ל לרבנן דאם אמרו דהשטר לאו מזויף הוא אך פסולי עדות היינו בזה נאמנים העדים ומרעי לשטרין] איכו כל כמיני' וכו' [פירש היכי דהלוה מודה בהשטר כתבו אך אומר פרעתי אינו נאמן במגו דאי בעי אמר דלא כתבו ומזויף הוא] אלמא דבמקום דאמרינן מגו גבי עדים אלימי מגו שלהם לפסול את השטר מהמגו שיש להלוה · ולפי זה יתיישב קושיות התוספות גם לרבנן · משום דאף דמספקא לן במגו במקום חזקה דתוך זמנו דהתם המגו אל הלוה משום הכי מספקי לן אבל הכא דהמגו גבי עדים דאי בעי שתקו וממילא יהי' השטר בעל אלימי מיגו שלהן לדחות החזקה דאין העדים חותמים על השטר וכו' ומש"ה ס"ל לרבנן דנאמנים העדים לפסול לגמרי את השטר · ועוד יש לייסב בדרך אחר קושיות התוספות אך כי כתבתי זאת רק דרך אגב לא רציתי להאריך בזה ומפני זה לא נוכל להביא ראי' מרבנן סיפך דברינו מדאמרי רבנן דנאמנים לפוסלו לכאורה מוכח דהחזקה דאין העדים חותמים על השטר וכו' לאו חזקה משום דהעדים משוה להחזקה והם אומרים שקטנים הי' דאל"כ נשאר קושיות התוספות לרבנן כנ"ל · אלא ודאי לאו חזקה היא כלל דהא כבר כתבתי תירוץ מרווח על קושיות התוספות וגם לפי מה שכתב הכ"י שהבאתי לעיל שאין כל החזקות שוות ג"כ לא קשה קושית התוס' מזה אין ראי' לדברינו עכ"פ :

פרח טז אות ג

אך נ"ל להביא ראי' מדכתבו התוספות ב"ב (דף ה' ע"א) ד"ה וכא · על הא דאמר ריש לקיש הקובע זמן לחבירו ובא בזמנו ואמר פרעתיך אינו נאמן ונהי שיפרע בזמנו וכו' וכתבו התוספות על זה בזה וז"ל וה"ל ביש עדים שחייב לו וקבע לו זמן דאי לאו הכי נהמני' שפרע תוך זמן במגו דאי בעי אמר לא הלוית לי כלום או לא קבעת לי זמן ולקמן מבעיא ליה אי אמרינן מגו במקום חזקה · ולכאורה משמע מדברי התוספות אף אם אין עדים שקבע לו זמן בכל זאת חזקה אלימתא ואם יש לו מגו נגד חזקה זו תלוי באבעיא דגמרא אי אמרינן במקום חזקה אי לא · אך קצת יש לדחות דנוכל לומר דמה שכתבו התוספות ולקמן מבעיא ליה הוא מכח כ"ש אף אם תאמר שבחזקה דתוך זמנו שאין עדים על הזמן רק שהלוה מודה שהוא תוך זמנו מקרי חזקה ואפ"ה נאמן במגו דהא אבעיא לן בגמרא וכו' והניחו התוספות מלכתוב דנוכל לומר דלאו חזקה היא כלל מהמת כי אין להם ראי' מהכא ע"כ כתבו בזה האופן שיש להם ראי' משמעתין מ"מ פשיטא דדברי התוספות מורין דמיקרי חזקה :

ואין להביא ראי' מש"ע ח"מ ס' ע"ח שכתבו בזה הלשון ובלבד שיש עדים בהלואה ובקביעות הזמן שאם אין עדים נאמן בשבועת היסת במגו דלהד"ם או לא קבעת לי זמן וכו' דמשמע דדוקא במיגו נאמן אבל בלא מיגו אינו נאמן ויש נ"מ לדינא בין אם הוא נאמן מצד מיגו או דנאמן אף בלא מיגו לענין תפיסה כמ"ש לעיל בשם האורים

ותומים · א"כ מוכח מזה דאף אם הבע"ד בעצמו משוה החזקה נמי הוה חזקה דאי לא הוה חזקה לא מצרכינן לשום מיגו · וכיון דהוכחנו דלא אלים חזקה דמשוה העדים מהחזקה דמשוה הבע"ד · א"כ קשה גבי נכסי דבר שטיא המבואר בכתובות (דף כ' ע"א) היה לנו להאמין לעדי הלוקח שמעידין שבשוא אלים זבין משום שיש להם חזקה המסייעת להם דלא שדי איניש זוזי בכדי שהוא חזקה יותר טובה מחזקת בר שטיא שנקרא מוחזק המסייעת לעדים של בר שטיא שמעידים שבשעה שוטה זבין כדכתבנו לעיל כי הך חזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי מאן משוה לה · עדים של בר שטיא · כי בלא העדים להו כלום כמ"ש והמה אומרים שבשעת שוטה זבין לכן לא הוה חזקה אלימתא כל כך · אך הא כבר הוכחתי מהתוספות ב"ב (דף ה' ע"א הנ"ל) דאין חילוק בין הך חזקה דמשוה לה עדים מהחזקה דמשוה הבע"ד ולא אלים יותר זה מזה כלל ומוכרחים אנו לתרץ הקושיא הזאת אף שכבר הוכחתי דהחזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי גבי בר שטיא הוה חזקה אלימתא כמו הך חזקה לגבי אחריות טעות סופר הוא מ"מ אם יבואו עדים אחרים ויעידו שלקח בפירוש שלא באחריות בהא ודאי נאמנים העדים והם מוציאין אותו שהוא אינו מן האנשים דלא שדי זוזי בכדי ואף דשם הוה ודאי החזקה אלימתא דעדים שבאו מתחלה ואמרו שלקח הלוקח ואינם זוכרים אם לקח באחריות או לא ולולי דברי העדים האחרונים שבאו ואמרו שבפירוש לקח שלא באחריות ודאי הך חזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי הוה חזקה אלימתא וגובה מן הלקוחות כדאמרינן בב"ב (דף מ"א ע"ב) אמר רב המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים כו' וכן פסקו בח"מ ס' קי"ו ושם מבואר יותר שכתבו וז"ל אפילו לא מכר לו בשטר אלא בעדים בעלמא אפילו לא פירש לו האחריות עכ"ל ואפ"ה נאמנים עדים אחרונים ולכן גם בנכסי דבר שטיא אף דגם שם הך חזקה דלא שדי איניש זוזי וכו' ג"כ הוה חזקה אלימתא כדהוכחנו לעיל בכל זאת עדים של בר שטיא שמעידים כשהוא שוטה זבין מוציאין אותו שהוא אינו מן האנשים דלא שדי איניש וכו' ולפ"ז הצדדים שקולים אם העדים של בר שטיא נאמנים או העדים של הלוקח נאמנים ובא חזקת מרא קמא שיש לבר שטיא ומסייעת לעדי' שבהך חזקה של חזקת מרא קמא שיש לו גם לפי דברי העדים של הלוקח ואין מוציאין אותו מזה לכן היא מכרעת שיאמינו לעדים של בר שטיא ולפי זה מתורץ קושיתינו הנ"ל · העולה מדברינו שטעם המ"ד דפליגי ביבמות (דף ל"א) אי תרי ותרי הוה ספקא דאורייתא או לא פליגי בסברת הש"ך וקצה"ח בס' פ"ז כדבררתי בפרח הקודם ולפ"ז מאן דס"ל דתרי ותרי הוה ספיקא דרבנן ומדאורייתא מוקמינן אחזקה ס"ל כסברת הקצה"ח הנ"ל דמסלקין עדותן של התרי כתי עדים לגמרי והוין כאילו יש חזקה לבדה ומוקמינן אחזקה כמו בכל מקום וגם לפי דברי הגאון רע"א הנ"ל בתשובותיו בס' קל"ו ג"כ ס"ל דמאן דסובר דתרי ותרי הוה ספיקא דרבנן הטעם שלו דמסלקין עדותן של התרי כתי עדים לגמרי כנ"ל :

גם מה שכתב הגאון הנ"ל בתשובותיו שם וז"ל אבל לקושטא דמילתא לא נ"ל כן דדוקא באיסור החמירו רבנן בתרי ותרי אבל בממון קיימא על דין דאוריית' דבתרי ותרי אזלינן בתר חזקה והאי' מפורשת מסוגיא דיבמות דמוכח מההוא דבר שטיא דתרי ותרי ספק דרבנן והרי התם לא מקרי הבר שטיא מוחזק ממש דנהי דהלוקח לא מקרי תפוש דבקרקע לא שייך תפיסה אבל מ"מ גם המוכר לא מקרי מוחזק דהא חזינן אילו היה תרי ותרי ספק דאורייתא לא הוינו מוקמינן בחזקת בר שטיא אף דבררנו דבכל ספק אין עושין מעשה להוציא מהמוחזק אלא ע"כ דלא מקרי מוחזק רק יש לו חזקת מרא קמא שהוא רק חזקה דעלמא כמו חזקת אשת איש וכדומה וכו' העתקתי דבריו כדי להבין דברי מה שכתבתי למעלה מכבר · וגם כעת יצאתי

בדבר החדש לחדש שלענ"ד נראה שקרקע בחזקת בעליה עומדת נקראת חזקת המוחזק ממש שאם לא תאמר כן אלא דלא מקרי רק חזקת מרא קמא הא חזינן דסומכוס ס"ל דלא מקרי חזקה ואינו עושה שום פעולה ואף רבנן דס"ל דמקרי חזקה ועושה את הפעולה אם עומדת באגם דאין שניהם מוחזקים נותנים למי שיש לו חזקת מרא קמא עיין ב"מ (דף ק' ע"א) ובתוספות שם ובדברי בעל האורים ריש פ' הפרה א"כ בנידן דידן שהלוקח הוא מוחזק בשדה וכדהוכחתי לעיל שאם לא היה הלוקח מוחזק בשדה היה גם למ"ד ספיקא דאורייתא גם כן להעמיד בחזקת בר שטיא וכדכתב הגאון ר"ע הנ"ל אלא ע"כ דהלוקח מוחזק בשדה ומפני זה למ"ד דתרי ותרי ספיקא דאורייתא אין יכולין לעשות מעשה בדבר שמסופקים להוציא מיד הלוקח המוחזק אף דלא מקרי מוחזק מצד הדין בכל זאת מוכרחים לעשות מעשה להוציא מידו וזה אין אנו יכולים לעשות בדבר שיש ספק וזה הסברא ג"כ כתבתי למעלה ולפ"ז יהיה מוכח דהא דאמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת מפני שהיה לבעל הקרקע זו חזקת מרא קמא מקרי חזקת המוחזק ולא חזקת מרא קמא כדעת הגאון הנ"ל דאם לא תאמר כן איך יכול הבר שטיא להוציא מפני חזקתו שיש לו מצד הדין להוציא מיד הלוקח המוחזק שלא נקרא מוחזק מצד הדין הלא אף רבנן דפליגי על סומכוס וס"ל דחזקת מרא קמא נקראת חזקה היינו דוקא אם עומדת באגם אבל היכא שהלוקח הוא מוחזק אף שלא נקרא מוחזק מצד הדין מ"מ מוכרחים אנו להוציא מידו ועל זה לא מצינו דרבנן פליגי על סומכוס ויסברו שמוציאין מיד הלוקח דכל מה שאנו יכולים להשוות שלא יפלגו הכלל בידינו שלא פליגי בזה · וגדולה מזו סבירא ליה להרשב"ם בב"ב (דף ל"ב ע"ב) היכא דהוו הב"ד מסופקים בדין מעמידין הקרקע בחזקת הלוקח דדוקא בתרי ותרי מוציאין מיד הלוקח והבאתי דבריו למעלה באריכות עיי"ש אלמא דס"ל דאקרי הלוקח מוחזק קצת וא"כ לפ"ז בודאי לא יחלקו רבנן על סומכוס שבחזקת מרא קמא שיש לבר שטיא יוציאהו מיד הלוקח שנקרא מוחזק קצת כי לא מצינו דפליגי רק בעומדת באגם אלא ודאי מפני שיש להבר שטיא חזקת מרא קמא בהשדה וקרקע בחזקת בעליה עומדת מקרי חזקת המוחזק :

פרח יז אות א

ונראה לי דיש נפקא מינה לדינא אי אמרינן בקרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת היא נקראת חזקת המוחזק כמו שאם היה מוחזק במטלטלין ולא נקראת חזקת מרא קמא אף אם יש רוב כנגדה לא אזלינן בתר רובא כמו דקי"ל בכל מקום דאין הולכין בממון אחר הרוב. כגון אם מכר בירה ורובא דעלמא קורין לבירה בירה ולבית יחידה קורין בית סתם והלוקח הוחזק בכל הבירה וטוען שמכר לו הכל והמוכר טוען שלא מכר לו אלא בית יחידה אף שאמר בשעת המכר שמוכר לו בירה הוא ממיעוט אנשים שקורין לבית בירה כמבואר בחושן משפט (ס' רי"ד סעיף ז') ברמ"א שם שהלשון בזה משתנה לפי המקום ומקור דין זה נובע מבבא בתרא (דף ס"א ע"ב) שאם אמרינן דקרקע בחזקת בעליה עומדת נקראת חזקת המוחזק לא אזלינן בתר רובא אלא אמרינן שלא מכר לו רק בית יחידה שיש מיעוט אנשים שקורין כן. אבל אם נקראת קרקע בחזקת בעליה עומדת רק חזקת מרא קמא אזלינן בתר רובא ורובא דעלמא קורין לבירה בירה ולבית יחידה קורין בית סתם ואמרינן שכל הבירה מכר לו כי כנגד חזקת מרא קמא אזלינן בתר רובא כמבואר במהר"י בתשובותיו בס' כ"ז בחלק שני וזה לשונו דבר זה יש ללמדו ממה שכתב המרדכי פרק המקבל כתב רב האי בשערי שבועות בכל הטוען תמורת המנהג עליו להביא ראיה אם אין ראיה מי שהוא טוען כמנהג המקום עליו שבועת היסת שלא שנה · ובפרק ד' דמסכת פאה משמע דאפילו במיגו לא מהימן · אם כן מנהג עדיף מחזקה דהא במקום חזקה בעיא דלא איפשטא בפרק קמא דבבא בתרא עד כאן כו' ומיהו היכא למימר באין

ללמוד

ללמוד שיהא כנגדו נשבע ונוטל דאפילו היכא דהוה מנהג עדיף מחזקה רובא אלים טפי וקיימא לן רובא וחזקה רובא עדיף וקיימא לן דאין הולכין בממון אחר הרוב כדמוכח בפרק המניח ובפרק המוכר פירות ובשארי דוכתא והיא דהמרדכי יש לאוקמי כשאין זה מוחזק יותר מזה כו' אין לנו לומר כן מדבעי המרדכי ללמוד בכיון דאפילו במקום מגו לא מהימן תמורת המנהג אם כן מנהג עדיף מחזקה דהא מיגו במקום חזקה בעיא דלא איפשטא היא אלמא דלענין אפוקי ממונא אמרינן דעדיף המנהג דלענין חזקה כיון דלא איפשטא לא מפקינן ממונא וגאמן לומר פרעתי בתוך זמנו מתוך שיכול לומר פרעתי לאחר זמנו ועל כן חזקה דהתם דאין אדם פורע תוך זמנו עדיף מרובא דהא בלא מיגו לא מהימן ומפקינן ממונא ואילו משום רובא לא מפקינן אלא יש לחלק בין חזקה לחזקה דהא דאמרינן רובא והזקה רובא עדיף הייני חזקה דסתמא שאינה באה לא מכח סברא ולא מכח רובא אלא אמרינן העמד דבר על חזקתו כגון העמד טמא על חזקתו והעמד בהמה על חזקתה העמד אשה על חזקתה · אבל חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו באה מכח סברא דהשיב כעדים דאנן סהדי דלא פרע דהלואי שיפרע אדם בזמנו ועדיף מרובא דאנן סהדי דלא פרע · וכן תמורת המנהג הוי היפך הסברא דלא אשתני ממנהג כל העולם ותדע דהא דרובא עדיף מחזקה הוי בחזקה דלא אתי מכח סברא דהא בפרק קמא דחולין דאמרינן מנא הא מילתא דאמרי רבנן זיל בתר רובא הקשו התוספות וא"ת וכיון דאמרו זיל בתר חזקה כל שכן בתר רובא דרובא והזקה רובא עדיף ויש לומר דלרב אחא בר"י בעי דלא קים ליה חזקה מקרא ולמאי דמפרש רבינו חיים אתי שפיר דהא דרובא עדיף מחזקה לא מסברא הוא אלא דילפינן מפרה אדומה דאזלינן בתר רובא לסכסירה ולא חיישינן שמא ניקב קרום של מוח וטריפה אף על גב דאיכא חזקה נגד הרוב דאוקי גברא שמזין עליו בחזקת טמא אלמא דכך חזקה דהעמד טמא על חזקתו דאינו באה מכח סברא הוא דאמרינן רובא עדיף ולתירץ הראשון נמי דמסברא קיימא לן דעדיף הייני חזקה דסתמא אבל חזקה שבאה מכח הרוב ומכח הסברא דאנן סהדי לא מסתבר דרובא עדיף מינה אלא חזקה עדיפה ומפקי ממונא עיי"ש עכ"ל מהרי"ט הנ"ל נראה מדברי מהרי"ט דמשום ממון ואיסורין לסדדי · והא דאין הולכין בממון אחר הרוב ובאיסור הולכין אחר הרוב הייני משום דיש חזקה אלימתא נגד הרוב שלא יוציא ממון מיד המוחזק ביותר טובה הוא חזקה זו משאר חזקות כדאמרינן בכתובות (דף ע"ה ע"ב) אמר רבא לא תימא ר' יהושע לא אזיל בתר חזקה דגופא כלל אלא כי לא אזיל ר"י בתר חזקה דגופא היכי דאיכא חזקה דממונא אבל היכא דליכא חזקה דממונא אזיל ר"י בתר חזקה דגופא וכתבו התוספות ד"ה אבל פירש אע"ג דאיכא חזקה אחרת כנגד חזקת הגוף ע"כי אלמא דחזקת ממון אלימא יותר מחזקת הגוף שהוא עדיפא יותר משארי חזקות ואפילו רבן גמליאל דקיימא לן כוותיה דסובר דחזקת הגוף עדיף מחזקת ממון אבל על זה לא פליג על ר"י דחזקת ממון עדיפא יותר משארי חזקות משום הכי אין הולכין בממון אחר הרוב אף דהוי לאיסורא משום דלא אמרינן רובא עדיף מחזקה אלא מחזקה קטנה אבל לא מחזקה גדולה כחזקת ממון כפי דכתב מהרי"ט בסוף דבריו שהבאתי לעיל דלא מכל חזקות רובא עדיף ומשום הכי ניחא הא דאמרינן דבממון הולכין אחר חזקת מרא קמא דמנין לנו זאת וכדפריך הגמרא בחולין מנין לחזקה מן התורה והביא הגמרא ראיה ממצורע דהתורה אזיל בה בתר חזקה כידוע ומהיכי ילפינן דגבי ממון אזלינן גם כן בתר חזקת מרא קמא אלא ודאי דבין ממון לאיסור אין שום חילוק וילפינן ממונא מאיסורא וזה לא נוכל לומר דאלימא חזקת מרא קמא מחזקת טבל או מחזקת טמא דהא חזינן דסומכוס פליג על חזקת מרא קמא וזה לא מצינו דסומכוס יפלוג על החזקות הנ"ל ובדומה לזה אלא ודאי דחזקת מרא קמא הינה גדולה משאר חזקות וכן כתב הש"ך בשמעתתא בשמעתתא (ד' פ' י"ב) · וכתב אף דקיימא לן דאין הולכין בממון אחר הרוב ומשום דחזקת ממון באשי דהוא מוחזק עכשיו בממון משא"כ חזקת איסור

אינו אלא חזקה קמא וא"כ חזקת מרא קמא דאינו מוחזק עכשיו בממון לא עדיף משאר חזקות וכמו שיבואר לקמן בפי' ע"ש ועי' בקצה"ח סי' ר"פ ע"כ ולפענ"ד יש ללמוד מן התורה דאין הולכין בממון אחר הרוב במקום שבא להוציא מיד המוחזק לפי דעת הש"י והרמב"ם והגה"ש והשובת הרשב"א והרמ"א :

ובתחלה נקדים מה שהקשה הש"ך ביו"ד (סימן רס"ב ס"ק ב') על הא דמבואר ברמ"א שם מלו בתוך שמונה ימים וביום יצא והקשה ע"ז הש"ך וז"ל אבל לדעתי א"א לומר כן כדמוכח לסדיא במנחות ס"פ ר"י (דף ע"ב ע"א) גבי הא דקאמר התם ר"א ב"ר שמעון בשיטת ר"ע רבו אמרה כו' עד והי ס"ד נקצר שלא כמצותו כשר אמאי דחי שבת כו' עיי"ש וברש"י · גם מ"ש מהרש"ל והב"ח והפרישה דנמול בלילה בדיעבד כשר וגם מה שכתב הרא"ש פרק ר"א דמילה בשם ר"ש דנימול תוך ח' כשר וא"ל להטיף דם ברית קשיא עלייהו הך ש"ס דהתם דמוכח דלא יצא דאם איתא דכשר אמאי דחי מילה שבת לימהלי מע"ש ע"כ · גם הקשה הש"ך על מה שכתב הרמב"ם פ"ז מהלכות תמידין ומוספין דין ו' גבי עומר מצותו להקצר בליל שבת עבר בין בחול בין בשבת וכל הלילה כשר לקצירת העומר ואם קצרוהו ביום כשר עכ"ל הוא תמוה כדאיתא לסדיא בש"ס דמנחות שם דדחי שבת ונקצר ביום שלא כמצותו פסול ורבי דאית ליה התם נקצר ביום כשר ס"ל דלא דחי שבת ומבואר כך לסדיא בכולה סוגיא וצ"ע עכ"ל · ומתחלה אתרץ דברי הרמב"ם · דמאן מרא דשמעתתא דמנחות הוא ר"י דאיתא התם אמר רבב"ה אמר ר"י ר' אליעזר ב"ר שמעון בשיטת ר"ע רבו של אביו אמרה וכו' ואי ס"ד נקצר שלא כמצותו כו' עד כאן לשון הגמרא ור"י אזיל לשיטתו דסובר (במכות דף ט"ו ע"ב) דאיתמר שבועה שאוכל ככר זה היום ועבר היום ולא אכלה ר"י ור"ל דאמרי תרווייהו אינו לוקה ר"י אמר אינו לוקה משום דהוי לאו שאין בו מעשה וכל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו וכו' · ותרוייהו אליבי' דר"י דתניא ולא תותירו ממנו עד בוקר והנותר ממנו עד בוקר וגו' בא הכתוב ליתן עשה אחר ל"ת לומר שאין לוקין עליו דברי ר"י ר' יוחנן דייק הכי טעמא דבא הכתוב הא לא בא הכתוב היו לוקין אלמא התראת ספק שמה התראה וכו' ור"י נמי לאו שאין בו מעשה הוא פירש במוכח מר' יהודא דלאו שאין בו מעשה היו לוקין עליו דאל"כ למה צריך קרא דוהנותר וגו' ליתן עשה אחר ל"ת לומר שאין לוקין עליו הא בלאו הכי אין לוקין דהא לאו שאין בו מעשה הוא. ומשני הגמרא דסבר לה כי הא דאמר רב אידי בר אבין א"ר עמרם א"ר יצחק אמר ר' יוחנן ר' יהודא אומר משום ר' יוסי הגלילי כל ל"ת שבתורה לאו שיש בו מעשה חייב עליו לאו שאין בו מעשה פטור עליו כו' עכ"ל הגמרא · וכיון דר"י ס"ל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו לדידיה צריכין אנו לומר דלא בא הכתוב והנותר וגו' ליתן עשה אחר ל"ת הא בלאו הכי אין לוקין עליו משום דהוה לאו שאין בו מעשה אלא בודאי דבא הכתוב והנותר וגו' כדאמר חזקיה וכן תנא דבי חזקיה אמר קרא והנותר ממנו עד בוקר בא הכתוב ליתן בוקר שני לשריפתו וכה"ג משני הגמרא בתמורה (דף ד' ע"ב) אליבא דרבי יעקב דסובר לאו שאין בו מעשה חייב עליו צריכין אנו להבין הטעם מפני מה כתב רחמנא והנותר וגו' ליתן בוקר שני לשריפתו מהיכי תיתי הוה אמינא דשורפין ביו"ט דהא לא הוי אוכל נפש אלא ודאי כדפירש רש"י (כשבת דף כ"ד ע"ב) ד"ה וה"מ וכו' דאי לא ממעט לה קרא אית לן למימר ליתי עשה דבאש תשרופו וידחה את ל"ת כל מלאכה לא תעשו וכן כתבו התוספות (ביבמות דף ה' ע"ב) ד"ה כולה וכו' דמוקי עשה דבאש תשרופו לדחות את נ"ת ומשמיענו הקרא דלא דחי · וצריכין אנו להבין הטעם מפני מה לא דחי הא קי"ל בכל מקום דעשה דוחה ל"ת אלא ע"כ הטעם כמו שכתבו התוספות (ביבמות דף ה') ד"ה כולה והבאתיו לעיל משום דיכול להמתין עד למחר כשעת שהוא חול ויש הרוף · נמצא לפ"ז מוכח היכי דיכול להמתין עד למחר שלא יהיה צריכין להביא את העשה שתדחה את הל"ת ימתין לר' יוחנן לכן

אגר

אמר ר"י במנחות שם דר"א ב"ר שמעון בשיטת ר"ע רבו של אביו אמרה דתנן כלל א"ר"ע כל מלאכה שאפשר לעשותה מע"ש אינו דוחה את השבת וסבר לה כר' ישמעאל דאמר קצירת העומר מצוה דתנן ר' ישמעאל אומר מה חריש רשות אף קציר רשות יצא קצירת העומר שהוא מצוה ואי ס"ד נקצר שלא כמצותו כשר אמאי דחי שבת נקצרו מע"ש אלא מדדחי שבת ש"מ נקצר שלא כמצותו פסול עכ"ל הגמרא · וכ"ת דאף דר' יוחנן סובר היכי דיכול להמתין עד למחר שלא יבוא לדחות ל"ת ימתין התם אין עיקר מצותו לשורפו ביו"ט אף לכתחילה דהא לכאורה לא קבע התורה זמן שריפתו רק דהתורה אמרה דביו"ט אין לשרוף אבל לא קבע זמן כמו שקבע התורה זמן גבי מילה ובפדיון הבן וכדומה משום הכי ימתין עד למחר אבל היכי דקבע התורה לכתחלה זמן לקצירתו גבי עומר דחי את הל"ת אף שנוכל לקצור שלא כמצותו הוא רק בדעבד אבל לכתחלה בעינן שיהיה נקצר כמצותו ומשו"ה דחי · זה אינו דהא איתא (ביבמות דף ע"ב ע"ב) דיתיב ר' יוחנן וקדרים נותר בזמנו אינו נשרף אלא ביום וכו' ואיתביה ר' אליעזר לר' יוחנן כו' ואפילו למאן דאמר דלא דרים ו' ואו וה' דרים איפתיק בתר דנפיק א"ל ר"י לר"ל ראית לבן פדת שיושב ודורש כמשה מפי הגבורה וכו' עכ"ל הגמרא וכתבו התוספות בד"ה שלא וכו'. וא"ת הא דרשינן ליתן בוקר שני לשריפתו וכיון דשלא בזמנו הוא למה צריך להמתין עד הבוקר ישרפנו במלאי יו"ט דכבר נעשה נותר מקודם וי"ל דכיון דלא אפשר לשורפו ביו"ט קבע זמנו בבוקר שני הרי הזינן דלכתחילה מצוה לשורפו תיכף כשנעשה נותר אך כיון דלא דחי יו"ט קבע התורה זמן בבוקר שני דוקא לכתחלה וזה נקרא נשרף בזמנו ומבוקר שני ואילך מקרי שלא בזמנו וגדולה מזאת איתא בירושלמי בשבת ר"פ במה מדליקין אמר ר' יוחנן ירדו לה בשיטת ר' ישמעאל כמה דר"י אמר תינוק שעבר זמנו. נמול בין ביום בין בלילה כך עבר זמנה. נשרפת בין ביום בין בלילה ומה אית לך שמן שריפה שעבר זמנה ר' יודן בן פזי מכיון שנטמאה כמו שעבר זמנה ופירש בס המפרש כיון שנטמאה השמן של תרומה ה"ל כאילו עבר זמנו דמצותו לשורפו מיד ע"כ וכיון דלכתחלה מצוה לשורפו מיד כשנעשה נותר אפילו הכי נתנה התורה בוקר שני לשריפתו כיון דיכול להמתין עד למחר אף דזאת מקרי דיעבד ושלא כמצותו אפילו הכי אמרה התורה שימתין שלא לדחות הל"ת מפני זה אמר ר' יוחנן שאם נקצר שלא כמצותו כשר אמאי דחי שבת אלא מדדחי שבת ש"מ נקצר שלא כמצותו פסול :

אות ב

ובירושלמי שהבאתי לעיל דשמן שריפה לכתחילה מצוה לשורפן מיד כשנטמא וזה מקרי נשרף בזמנו ונשרפת דוקא ביום אבל אם לא נשרף תיכף כשנטמא לא מקרי נשרף בזמנו ונשרפת בין ביום בין בלילה עיין בסוף אות א' שהבאתי לשון הירושלמי ושבתי דברי התוספות בקדושין (דף ל"ד ע"א) ד"ה מעקה וכו' ויש מפרשים דמכל מקום איכא נפקותא כשיהיה לאשה לקיים מצות עשה דאי הוה אמינא דנשים פטורות מעשה דלאו הזמן גרמא כמו כן יהיה פטורין מן הלאוין דאיכא למימר דאתי עשה ודחי את ל"ת אבל השתא חייבין בעשה דלאו הזמן גרמא אז לא יבוא עשה אחר וידחנו דאין עשה דוחה ל"ת ועשה אך הקשה הר"ר יוסף מארץ ישראל על פירש זה א"כ גבי אין מדליקין בשמן שריפה ביו"ט (שבת דף כ"ה ע"ב) משום דיו"ט עשה ול"ת ושריפת קדשים הינה אלא עשה אשה שאינה חייבת בעשה דיו"ט דהוי זמן גרמא וכי תוכל להדליק בשמן שריפה ביו"ט וכ"ת אין ה"נ אמאי לא נשמיט תנא דלא אמר · אלא מאי אית לך למימר דעשה שיש עמו לאו אף הלאו אלים ולא דחי ליה עשה אף הכא הלאו אלים · ושמעתי מקשים על דברי התוספות · וכן מצאתי בס' פ"י מאי הקשה הר"ר יוסף הנ"ל דתוכל האשה להדליק בשמן שריפה דאתי עשה דמצוה לשרוף ודחי וכו'. הא גם שריפת קדשים מצות עשה שהזמן גרמה כדאיתא (בפסחים דף ג' ע"א) והנותר מבשר הזבח ביום השלישי באש ישרף ביום אתה שורף ואי אתה שורף בלילה לפי זה אין האשה חייבת במצות עשה דשריפה · אך לפי דברי הירושלמי יתיישב קושיות הפני יהושע דכתב התוספות (בקדושין דף כ"ט) ד"ה אתי וא"ת למ"ל קרא תיפוק ליה דמצות עשה שהזמן גרמא הוא שנימול בשמיני ללידתו ונשים פטורות וכו' וא"ת אכתי מצות עשה שהזמן גרמא הוא דאין מלין אלא ביום כדאיתא בפ' הערל (דף ע"ב) וי"ל דאתיא כמ"ד התם דמילה שלא בזמנה נוהגת בין ביום בין בלילה לפ"ז גם גבי שמן שריפה וכן גבי נותר באם לא נשרף תיכף בזמנה נשרפת בין ביום בין בלילה הא הוה מצות עשה שלא הזמן גרמא ושפיר הקשה הר"ר יוסף הנ"ל כיון דמוכח מהסוגיא דגמרא (דף כ"ט) שם כיון שלא בזמנו כשר בין ביום בין בלילה מקרי מצות עשה שלא הזמן גרמא לפ"ז תוכל האשה להדליק בשמן שריפה דאתי עשה דמצוה לשרוף וזה היא מצות עשה שלא הזמן גרמא דכיון שלא נשרפת תיכף כשנטמא נשרפת בין ביום בין בלילה וידחה את הל"ת שיש ביו"ט · דבמצות עשה שיש ביו"ט פטורה דהוה מצות עשה שהזמן גרמא · ויש ליישב קושיות הפני יהושע בדרך אחר אך אין רצוני להאריך בזה · הדרן לעניננו כיון דמוכח מהירושלמי הנ"ל אף דלכתחלה מצוה לשורפו מיד כשנעשה נותר אפ"ה נתנה התורה בוקר שני לשריפתו כיון דיכול להמתין עד למחר אף דזאת מקרי דיעבד ושלא כמצותו אפ"ה אמרה התורה שימתין שלא לדחות הל"ת מפני זה אמר ר"י אם נקצר שלא כמצותו כשר אמאי דהי שבת אלא מדדחי שבת ש"מ נקצר שלא כמצותו פסול ואע"ג דהתוספות במנחות שם ד"ה אמאי וכו' כתבו ואע"ג דלכתחלה מצוה בלילה כיון דדיעבד כשר לא הוי דומיא דתמיד דכתיב בו במועדו לומר דדחי שבת ומסתברא דדומיא דתמיד בעינן · הרמב"ם לא ניחא ליה תירץ התוספות דאיתא (ביבמות דף ל"ג ע"ב) דאיתמר זר ששימש בשבת ר' חייא אומר חייב שתים בר קפרא אומר אינו חייב אלא אחת קפץ ר' חייא ונשבע העבודה כך שמעתי מרבי שתים קפץ בר קפרא ונשבע העבודה כך שמעתי מרבי אחת התחיל ר' חייא לדון שבת לכל נאסרה כשהותרו במקדש אלא כהנים. הותרה לכהנים ולא לזרים יש כאן משום זרות ויש כאן משום שבת התחיל בר קפרא לדון שבת לכל נאסרה כשהותרו במקדש הותרו אין כאן אלא זרות עכ"ל הגמרא הרי מוכח מהגמרא דאיכא מאן דס"ל דליתא איסור שבת אף כששימש זר ובזר ליכא מצוה לא לכתחילה ולא בדיעבד ואפילו הכי אמרינן כשהותרו לכל הותרו כ"ש גבי קצירת העומר אף כשנקצר שלא כמצותו כשר מ"מ כיון דלכתחילה בעינן שיהיה נקצר כמצותו מכ"ש דאמרינן כיון שהותרו לגבי העומר איסור שבת להקרבה בודאי הותר ג"כ גבי קצירה אף כשנקצר שלא כמצותו כשר בדיעבד וכן מצינו כיוצא בזה גבי טומאה (ביומא דף ו' ע"ב) איתמר טומאת המת ר"נ אמר הותרה הוא בציבור וכו' כי פליגי לאהדורי ולאתויי טהורי · מבית אב אחרינא ר"נ אמר הותרה הוא בציבור ולא מהדרינן כו' עכ"ל הגמרא עי"ש בסוגיא לכן ישב הרמב"ם קושיות התוספות כמ"ש לעיל דר"י אזיל לשיטתו דס"ל כיון דיכול להמתין עד למחר לא בא עשה דהשרפו ודחי ל"ת דלא תעשה כל מלאכה דיום טוב אף דלכתחלה מצוה לשורפו מיד כמ"ש לעיל בשם הירושלמי אפילו הכי לא דחי לכן ה"נ אם נקצר שלא כמצותו כשר בדיעבד לא דחי שבת :

אות ג

ואף שכתבו התוספות בריש פ' ר"א דמילה בד"ה ר"א וכו' ועוד י"ל כיון דיותר בקל יביא הכלי משיביא התינוק שרי ר"א כדי למהר המצוה כדמוכח בגמרא דאמר פעם אחת שכחו ולא הביאו איזמל מע"ש והביאו בשבת שלא ברצונו

ברצונו שהביאו דרך חצירות וגגות וקרפיפות והיו יכולים להביא דרך רה"ר אלמא דשרי ר"א דרך רה"ר דהוי דאורייתא כדי למהר המצוה אע"פ שיכול לעשות דלא יהיה אלא איסורא דרבנן ע"כ · נ"ל דהיינו דוקא לר"א כיון דס"ל דמכשירין שאפשר לעשותן מע"ש דחי שבת לפ"ז הוא הדין אף דאפשר שלא יבוא לידי דחיות שבת כגון להביא דרך חצרות וגגות וקרפיפות וכו' ואפ"ה שרי להביא דרך רה"ר כדי למהר המצוה אבל לר"ע דס"ל דמכשירין שאפשר לעשותן מע"ש לא דחי שבת לפ"ז ס"ל לר"י דאליביה אם יוכל להמתין עד למחר לשורפו לא דחי העשה דאם תשרופו דכן כתבו התוספות הטעם (ביבמות דף ה' ע"ב) ד"ה כולה · וכן גבי קצירת העומר ס"ל לר' יוחנן אליבא דר"ע (במנחות דף ע"ב) אם נקצר שלא כמצותו כשר בדעבד לא דחי שבת והכל באורתי לעיל · אף שאיתא (ביבמות דף ל"ט ע"ב) אית דאמרי בביאה כ"ע לא פליגי דביאת קטן עדיפא כי פליגי בחליצת קטן וכו' ולטעמיך בקטן עד שיגדיל אין שומעין לו אמאי ניגטר דילמא גדיל ומייבם אלא כל שהוי מצוה לא שהינן עכ"ל הגמרא · אלמא דשיהוי מצוה לא משהינן אליבא דכו"ע אע"ג דחליצה במקום יבום לאו מצוה הוא כדאיתא שם (דף כ"א ע"א) ואפ"ה דוחה איסור לאו ומותר לייבם עי"ש · ואפ"ה אמרינן דאם אפשר להחלין לה תיכף לא ממתינין על אח אחר אולי ירצה ליבם משום דשיהוי מצוה. לא משהינן אלמא דשיהוי מצוה לא משהינן גדולה יותר היא מעשה שדוחה את הל"ת · לפ"ז אף דנוכל להמתין עד למחר ולא יבוא לידי דחיות לאו מ"מ הסברא נותנת שישרוף תיכף דשהוי מצוה לא משהינן אף דס"ל לר"ע דמכשירין שאפשר לעשותן מע"ש לא דחי שבת כיון שאפשר לעשות בהיתר מ"מ להמתין עד למחר ויבוא לידי שהיות. מצוה לא משהינן · אך עיין בביאורי הגר"א באו"ח ס' תכ"ו ס"ק ב' ודוקא אם כו' מדאמרינן פ' ד' דיבמות תלה בקטן כו' או בגדול כו' ואמרינן שם בגמרא מ"מ שהוי מצוה לא משהינן ודוקא בגדול כו' שאפשר לבוא לידי דיחוי אבל אם אינו במדינת הים ממתינין עליו לפ"ז ה"נ אם יכול להמתין עד למחר כדי שלא יבוא לידי דחיות לאו ממתינין כיון דליכא זמן רב דדוקא אם צריך להמתין עד שיבוא ממדינת הים אין ממתינין · כן ס"ל ר"י אליבא דר"ע :

ולא תקשה לך על דברינו מה שאיתא ביומא (דף ס"ו ע"ב) ת"ר איש להכשיר את הזר עתי שיהיה מזומן עתי ואפילו בשבת עתי אפילו בטומאה וכו' עתי אפילו בשבת למאי הלכתא אמר רב ששת לומר שאם חלה מרכיבו על כתפו כו' עכ"ל הגמרא · לכאורה קשה אמאי דוחה את השבת הא אפשר להוליכו פחות פחות מד' אמות וכ"ת דאתיא כר"א דס"ל דאף דיכול להביא את הסכין דרך חצרות גגות וקרפיפות ואפ"ה מביאין דרך רה"ר כדי למהר המצוה כדכתבתי לעיל בשם התוספות הא משמע מהגמרא דהברייתא אתיא אליבא דכו"ע מדקאמר הגמרא שם כמאן לא כר' נתן וכו' אפילו תימא ר' נתן כו' · ולפי מאי שכתבתי שר"ע פליג על הא דר' אליעזר דאם נוכל להמתין עד למחר שלא יבוא לידי דחיות הלאו ימתין ה"נ אפשר להוליכו פחות פחות מד' אמות דיש לתרץ ונקדים מה שהקשה המהרש"א על התוספות בשבת (דף ה') בד"ה בשלמא וכו' · וריב"א מספקא ליה כיון דבד' אמות ברשות הרבים לא אמר מהלך כעומד דמי אע"ג דבעלמא כעומד דמי לבן עזאי · אם חייב לבן עזאי אפילו עמד לפוש תוך ד' אמות אם לאו וכן אם לא עמד חוץ לד' אמות כגון שנטלה אחר מידו אם אמרינן מהלך כעומד דמי חוץ לד' אמות אם לא וכן קלוטה לר"ע אם אמר כמו שהונחה דמיא חוץ לד' אמות אפילו קלטה אחר או כלב או שנשרפה כיון דתוך ד' אמות לא אמרינן כו' עכ"ל התוספות והקשה על זה המהרש"א אמאי לא מספקא ליה לריב"א נמי לר"ע בזורק ונח בתוך ד' אמות דכיון דבזורק ד' אמות ברה"ר לא אמרינן קלוטה כמו שהונחה דמיא אע"ג דבעלמא כמו שהונחה לר"ע אם חייב לר"ע אפילו זרק ונח תוך ד' אמות אם לאו דדומיא דהכא מספקא ליה לבן עזאי במהלך כעומד אם עמד לפוש תוך ד' אמות · ונלענ"ד דמשום הכי לא מספקא ליה לריב"א כמ"ש המהרש"א דמוכח מיומא הנ"ל דאף אם עמד לפוש תוך ד' אמות חייב ג"כ לר"ע דאם לא כן תיקשה לן מה שקשיא לעיל אמאי דחי את השבת הא יכול להוליכו פחות פחות מד' אמות אלא ודאי אף אם עמד לפוש תוך ד' אמות חייב ג"כ אליבא דר"ע · אבל לבן עזאי יש לספק אף עמד לפוש תוך ד' אמות אם חייב אם לאו כמ"ש התוספות ולא תיקשה עליו מהא דיומא דהא יכול להוליכו פחות פחות מד' אמות דנוכל לומר דלבן עזאי ס"ל כר"א דכדי למהר המצוה שרי · וכ"ת הא לא נוכל לומר דאוקימתא שאם הי' חולה מרכיבו על כתיפו וכו' אתיא גם אליבא דר"ע דהא כתב רש"י ד"ה למאי הלכתא כו' אי משום תחומין דרבנן בעלמא ניהו שגזרו עליהן לאחר מתן תורה ור"ע ס"ל דתחומין דאורייתא כדאיתא בכמה מקומות · לדידי' כלהו הכי ניחא הברייתא דתנא עתי אפילו בשבת שדחי הלאו דתחומין וכיון דאליביה לא צריכנא לאוקימתא שאם הי' חולה הנ"ל לא נוכל לפשוט מכאן דלר"ע אפילו עמד לפוש תוך ד' אמות חייב · אך נלפענ"ד לתרץ קושיות רש"י אף שעפר ואפר אני תחת כפות רגליו אך כן דרכו של תורה הוא דנראה לפענ"ד דאף לר"ע צריכין לאוקימתא שאם הי' חולה אף שסבירא ליה דתחומין דאורייתא דהא קיי"ל בכל מקום דעשה דוחה את ל"ת לפ"ז מאי צריכין ללמוד מן הפסוק עתי אפילו בשבת הא בלאו הכי דחי עשה דשעיר המשתלח את הלאו דתחומין · וכ"ת הא כתבו התוספות בשבת (דף ס"ט ע"א) בד"ה דידע וכו' תימא לר"י דאמאי לא קאמר דידע לה לשבת בעשה דכתיב וביום השביעי תשבות וגו' וכתיב נמי ושמרתם את השבת עכ"ל התוספות אף שדבריהם אינם מובנים לי דמאי צריכין להוכיח מהפסוק וביום השביעי תשבות וגו' דאיכא עשה בשבת וכי כעורה מה שאיתא שם בגמרא (דף קי"ד ע"ב) מיתיבי מנין ליוה"כ שחל להיות בשבת שאסור בקיטמת ירק ת"ל שבתון שבות למאי אילימא למלאכה והכתיב לא תעשה כל מלאכה אלא לאו בקיטמת ירק לא לעולם למלאכה ולעבור עליה בעשה ול"ת עכ"ל הגמרא הרי חזינן דלמד הגמרא דאיכא עשה בשבת מהפסוק שבתון שבת קודש הכתוב בתורה (שמות ט"ז) ולכאורה מוכח מהגמרא דאינם יכולין ללמוד ממקום אחר דאיכא עשה דאל"כ מיותר הכתוב שבתון שבת קודש ויהי' מוכח מזה דקיטמת ירק אסור מן התורה וכי תימא דבא הכתוב שבתון שבת קודש לומר דאיכא שלשה עשין אחד מכאן והשני עשין ממה שלמד התוספות הא לכאורה לא נוכל לומר כן דאיתא בפסחים (דף כ"ב ע"ב) אמר ליה כל היכי דאיכא למידרש דרשינן ולא מוקמינן בלאו יתירה והכא נמי כיון דאיכא למדרש מהפסוק שבתון שבת קודש לאסור קיטמת ירק לא מוקמינן ליה בעשה יתירא · גם מ"ש התוספות דמוכח מן התורה דיש עשה בשבת מהפסוק ושמרתם את השבת הא מבואר בכמה מקומות דהשמר מקרי לאו ולא עשה עיין במנחות (דף ל"ו ע"ב) · וגם בתוספות שבת (דף קל"ב) ד"ה אתי · אך דברי התוספות בודאי אמת שמוכח מהפסוק וביום השביעי תשבות ומהפסוק ושמרתם את השבת דאיכא שני עשה בשבת ולא רציתי להאריך לתרץ דבריהם מחמת כי אני כותב דבריהם רק דרך אגב · וגם מהפסוק שבתון שבת קודש ג"כ מוכח דאיכא עשה כדלמד הגמרא בשבת הנ"ל לפ"ז לא אתיא אוקימתא שאם הי' חולה אליבא דר"ע דלדידי' כלהו הכי ניחא דצריכין ללמוד מן הפסוק עתי אפילו בשבת שדחי לאו דתחומין דאף דאיכא שלשה עשין ואיסור לאו ובכל מקום לא דחי עשה ל"ת ועשה אפ"ה כאן דחי דכתב התורה עתי ואפילו בשבת דדחי · אך נלפענ"ד דלא קאי העשה על לאו דתחומין דהפסוק שבתון שבת קודש וגו' נכתב בזה הפסוק את אשר תאפו אפו ואת אשר תבשלו בשלו וגו' לפ"ז קאי העשה על מה שנקרא מלאכה וחייבים עליה מיתה (כימי הסנהדרין) אבל תחומין אף באליבא דר"ע הוא מדאורייתא מ"מ לא נקרא מלאכה מדלא הוי

חייבין עליה מיתה דלא מצינו מלאכה זו בעבודת המשכן וגם לא מצינו בתורה לר"ש ב"י בן לקוניא רק ל"ט מלאכות הכתוב בתורה עיין בשבת (דף מ"ט ע"ב) ואם היו חייבין על תחומין מיתה יהי' ארבעים מלאכות בשבת ולא מצינו רק ל"ט וגם הפסוק ביום השביעי תשבות דלמד מזה התוספות דאיכא איסור עשה ג"כ נראה דקאי רק על מה שנקרא מלאכה ולא על תחומין דכתיב בתורה רק ששת ימים תעשה מעשיך וביום השביעי תשבות וגו' דבששת ימים עושה כל מלאכות מה שהיו חייבין ע"ז מיתת ב"ד בשבת ועל זה קאי העשה וביום השביעי תשבות וגם מן הכתוב ושמרתם את השבת דלמדו מזה התוספות דאיכא איסור עשה ג"כ קאי על מלאכה שהיו חייבין עליו מיתת ב"ד כדכתיב בתורה ושמרתם את השבת כי קודש הוא לכם מחלליה מות יומת וגו' ולא קאי על איסור תחומין דאין חייבין עליה מיתה אף לר"ע לפ"ז דליכא רק לאו בעלמא באיסור תחומין מאי צריכין ללמוד הברייתא עתי אפילו בשבת דדחי לאו דתחומין כיון דקיי"ל בכל מקום דעשה דוחה את הל"ת דאיסור תחומין ליכא עשה רק ל"ת לחודא אלא צריכין אנו לומר גם אליבא דר"ע שאם הי' חולה וכו' לפי זה מוכח דלר"ע אפילו עומד לפוש תוך ד' אמות ג"כ חייב דאם לא כן קשה הא יכול להוליכו פחות פחות מד' אמות :

והנה שמעתי להקשות מאחי הגאון אמיתי מהרמ"ש זצוק"ל קושיה אבך וקך בשנים על מה דאיתא ביומא (דף ס"ו ע"ב) אמר רפרם זאת אומרת עירוב והוצאה לשבת ואין עירוב והוצאה ליוה"כ ופירש"י זאת אומרת מדאיצטריך למיתני עתי אפילו בשבת איכא למשמע דאין איסור הוצאה ליוה"כ דאי יוה"כ כשבת להוצאה למה לי קרא להתיר משאו בשבת הרי שבשאר בחול נמי כשבת דמי וקאמר רחמנא ישלחנה וכו' עכ"ל והקשה על זה אחי הגאון הנ"ל מהא דאיתא בחולין (דף ק"א ע"ב) והתניא שבת ויוה"כ שגג ועשה מלאכה מניין שחייב על זה בעצמו ועל זה בעצמו תלמוד לומר שבת היא יוה"כ הוא דברי ר"י הגלילי ר"ע אומר אינו חייב אלא אחת כו' עכ"ל הגמרא וכיון דלר' יוסי הגלילי חייב שתים בשבת ויוה"כ מאי הוכיח רפרם דאין עירוב והוצאה ליוה"כ דהא נוכל לומר דיש עירוב והוצאה ליוה"כ ואפ"ה לא ידעינן דדחי שבת בזה דהוה אמינא דלא דחי רק חד לאו ולא תרי לאוי ויתר הדברים מה שאמר בזה אין אני זוכר ואני אוסיף עוד להקשות לפי מאי דמסיק הגמרא שם בחולין שלה רבין משום דר"י בר חנינא כך שנויה של המשנה ואיפך נמצא לפ"ז סובר ר"ע דבשבת והוא יוה"כ חייב שתים ור"ע ס"ל בנזיר (דף מ"ח ע"ב) דיש חילוק בין חד לאו בין תרי לאוין דאיתא שם דתניא ולאחותו וכו' ר"ע אומר נפשות אלו הרחוקים · מת אלו הקרובין · לאביו ולאמו אינו מטמא אבל מטמא הוא למת מצוה · לאחיו שאם הי' כהן גדול והוא נזיר לאחיו אינו מטמא אבל מטמא הוא למת מצוה · לאחותו כו' ולר"י כהן גדול והוא נזיר מנליה כיון דהרי רחמנא חד לאו גבי מת מצוה מה לי חד לאו מה לי תרי לאוי כו' עכ"ל הגמרא הרי מוכח בהדיא דלר"ע יש נפקותא בין חד לאו בין תרי לאוי ועיין בתוספות שם בד"ה אחותו וכו' ולמאן דמפכינן הברייתא סובר ר"ע דבשבת ויוה"כ חייב שתים א"כ מאי הוכיח רפרם דאין עירוב והוצאה ליוה"כ דדלמא יש עירוב והוצאה גם ביוה"כ ואפ"ה הוצרך ללמוד מן הפסוק עתי אפילו בשבת דהוה אמינא דלא דחי רק חד לאו דיוה"כ ולא תרי לאוי דהיינו שבת והוא יוה"כ דאליביה דר' עקיבא יש חילוק בין חד לאו לתרי לאוי ועיין בתוספות נזיר (דף מ"ה ע"ב) ד"ה דאי דאין סברא לחלק בין חד לאו בין תרי לאוין וגם עיין בתוספות יבמות (דף ג' ע"ב) ד"ה לא תעשה · ולפי דברינו אלו יתיישבו קושית אחי הגאון הנ"ל דהנה רש"י שם בחולין ד"ה שלא וכו' וה"ה דמצי למימר דס"ל לר"י הגלילי דאע"ג דאיסור כולל לא חייל איסור בת אחת חייל ומיהו ר"י ב"ר חנינא סובר דמאן דלית ליה איסור כולל לית ליה נמי איסור בת אחת ופלוגתא היא ביבמות (דף ל"ב) כך נראה בעיני וכו' עכ"ל רש"י לפ"ז נוכל לומר דרפרם ג"כ ס"ל דאע"ג דאיסור כולל לא חייל איסור בת אחת חייל לפ"ז ר"ע סובר דאינו חייב אלא אחת :

וגם נלפענ"ד להוכיח שהאוקימתא דרב ששת שאם הי' חולה וכו' קאי רק אליביה דר"ע ולא אליביה דר"א מחמת שני טעמים חדא דמאי הקשה שם הגמרא עתי אפי' בשבת למאי הלכתא וע"ז הוצרך לומר רב ששת אם היה חולה וכו' ואליביה דר"א לא קשה כלל דהא איתא בחולין (דף י"א ע"א) דרחמנא אמר ולקח את שני השעירים שיהיו שניהם שוים כו' וכ"ת מאי נפקא לן מינה הא אין גורל קובע לעזאזל אלא בראוי לשם כו' וכן הוא ביומא (דף ס"ג ע"ב) ובתמורה (דף ו' ע"ב) ולפ"ז אם היה לשעיר המשתלח יבלת פסול הוא דאין הגורל קובע אלא בראוי לשם וגם הוא פסול משום מום דלר"א שרי להותכה אף בלהט ובכלי כדאיתא בעירובין (דף ק"ג ע"א) ורמינהו הרכבתו והבאתו מחוץ לתחום וחתיכת יבלתו אין דוחין ור"א אומר דוחין ות"ק הוא ר"ע כדמוכח בסוגיא שם ובפסחים (דף ס"ה ע"ב) וגם מוכח משם דר"א שרי אף בחותך בכלי אף בלהט אם אין אפשר ליטלה ביד עיי"ש בסוגיא ולפ"ז לר"א אם היה בשעיר המשתלח יבלת שרי להותכה אף בלה ובכלי כיון דדוחה את השבת וכן מוכח בשבת (דף קל"ח) דאיתא שם למעוטי מאי כו' פירש"י דקודם לזה איתא שם בגמרא אמר רבי חייא בר אבא אמר ר"י לא לכל אמר ר"א מכשירי מצוה דוחין את השבת עד כאן · אמר רב אדא בר אהבה למעוטי ציצית לטליתו ומזוזה לפתחו משמע מזה דמלבד ציצית או מזוזה אמר ר"א דמכשירי מצוה דוחה את השבת דהא התירוץ דרב אדא בר אהבה אינו מרווח עיין בתוספות שם ד"ה לו : ועדיפא הוה ליה לשנויה דממעט דמכשירי שעיר המשתלח אינו דוחה את השבת אלא ודאי דמכשירי שעיר המשתלח דוחה את השבת · וכ"ת מנ"ל לר"א זאת נוכל לומר דלמד במה הלד עיין בתוספות שם בע"ב ד"ה אי וכו' לפ"ז אליביה דר"א לא קשה למאי איצטריך קרא עתי אפילו בשבת וצריכין אנו לומר דהגמרא שהקשה למאי הלכתא דהיה דוחק להגמרא לאוקמי הברייתא כר"א כיון דלית הלכתא כוותיה דקי"ל כר"ע דאין חותכין יבלת בכלי ובלהט לכן פריך הגמרא למאי הלכתא ועל זה מתרץ רב ששת שאם היה חולה וכו' נמצא דהאוקימתא דרב ששת הוא אליבא דר"ע · זאת ועוד אחרת להוכיח בראיה חזקה שהאוקימתא דרב ששת הוא אליבא דר"ע דאי אליבא דר"א האיך קאמר רב ששת שאם היה חולה מרכיבו על כתיפו הא יוכל לעשות מחיצה על ידי בני אדם עד הצוק שיותר משנים עשר מילין לא היו רחוק אליבא דכו"ע עיין ביומא (דף ס"ז) ת"ר וכו' ואיתא בעירובין (דף כ"ה ע"ב) שמחנה ישראל הוי תלת פרסי על תלתא ועיין ביומא (דף ע"ה ע"ב) · לפ"ז יכולין לעשות מחיצה ע"י בני אדם עד הצוק דמותר לעשות מחיצה בשבת וביוה"כ ע"י בני אדם כדאיתא בעירובין (דף מ"ד ע"ב) הנהו בני גננא אעילו מיא במחיצה של בני אדם נגדינהו במותא אם אמרו שלא מדעת יאמרו לדעת הנהו זיקא דהוה שדין בריתקא דמחוזא בהדיא דאתא רבא מפירקיה אעלינהו ניהליה לשבתא אחרינא בעי עיילינהו ואסר להו דהוה ליה כלדעת ואסור · לוי אעילו ליה תיבנא זעירא אספסתא רב שימי בר חייא מיא ופירש"י שלא לדעת מותר דמשום עשית אוהל ליכא למימר דאין דרך בנין בכך אבל כלי דרך בנין בכך הוא הלכך דופן שלישית אסור עכ"ל רש"י ועיין בט"ז (בא"ח ס' שס"ב ס"ק ג') וכיון דמן התורה מותר לעשות מחיצה היכי אמר רב ששת שהרכבתו של השעיר דוחה את השבת הא יכולין לעשות מחיצה ע"י בני אדם עד הצוק וירכיבו את השעיר בלי שום איסור דאורייתא דשבת וכ"ת הא דאמרינן דמחנה ישראל הוה תלתא פרסי היינו עם אוהלים אבל בלא אהלים לא הוה לכן לא יוכל לעשות מחיצה ע"י בני אדם עד הצוק דלא היה אנשים מרובים לעשות מחיצה עד הצוק דלפי הנראה בודאי לא היה בני אדם מרובים כ"כ דהצוק יכול להיות רחוק כמה פרסאות יותר מפלפה וכן כתב השאגת אריה, בס' ע' · הא יכולין האנשים להחליפן תמיד שיוליך האיש

עם

עם השעיר על כתפו ומהילכן בעמו על ידיהן וילכו למקום אחר לעשות מחילה חדשה ויכולין לעשות באופן זה עד שיגיע עד הצוק ונמלא ביסיה בהרכבתו של השעיר בלא שום איסור דאורייתא · ואף דאיתא בעירובין שם דלדעת אסור שאם ידעו אנשים שנעשה מחילה על ידיהם אסור · זהו רק מדרבנן כדמסיק הט"ז שם בס' שס"ב ס"ק ג' בשם הב"י בשם א"ח ובשם הרשב"א משום שלא יבוא להקל באיסור שבת עיין שם לפ"ז קשה האיך אמר רב ששת שעתי אפילו בשבת שאם היה חולה מרכיבו על כתיפו ודחי שבת הא יוכל להרכיבו אף בלא איסור שבת על ידי מחילה של בני אדם אלא ע"כ דהאוקימתא של רב ששת הוא אליבא דר"ע דהלכתא כוותיה ולדידיה לא קשה הקושיא הנ"ל דכיון דס"ל דאיסור תחומין דאורייתא לכן טוב יותר שיעשה יחיד איסור דאורייתא אף שהוא איסור סקילה משיעשו רבים איסור דאורייתא אף שהוא רק לאו כדאיתא (ברכות דף מ"ז ע"ב) מיתיבי מעשה ברבי אליעזר שנכנס לבית הכנסת ולא מצא עשרה ושחרר עבדו והשלימו לעשרה כו' והיכי עביד הכי והאמר רב יהודה כל המשחרר עבדו עובר בעשה שנאמר לעולם בהם תעבודו לדבר מצוה שאני מצוה הבאה בעבירה הוא מצוה דרבים שאני עכ"ל הגמרא וכמו דהתם דחי עשה דרבנן אף שהוא קל יותר מעשה דיחיד שהוא מן התורה כמו כן ה"נ יעשה יחיד איסור חמור שיש בה איסור סקילה ולא יעשו רבים אף שיש בה רק איסור לאו · והוה ל"ת דרבים · דומיא דברכות הנ"ל לכן מלמדינו הפסוק עתי אפילו בשבת שאם היה חולה מרכיבו על כתיפו בשבת · וכ"ת הא מברכות מוכח דאיתא עשה דתפילה בצבור דהוה רק מדרבנן · אף לדעת הרמב"ם שסובר דתפילה דאורייתא · ודחי עשה דלעולם בהם תעבודו אף שהוא דאורייתא עיין בתוספות שם בד"ה מצוה וכו' וא"כ לפ"ז יכול להיות אוקימתא דרב ששת אפילו לרבנן דר"ע דס"ל תחומין דרבנן · ומה שקשיא לן הא נוכל לעשות מחילה ע"י בני אדם וירכיבו על כתיפו בלא דחיית שבת הא עכ"פ מדרבנן יעשו בני אדם איסור תחומין דרבנן לכן מוטב שיעשה יחיד איסור דאורייתא ולא יעשו רבים איסור דרבנן וכ"ת האיך נוכל לומר שיבוא הכתוב עתי אפילו בשבת להתיר יחיד לעשות איסור דאורייתא כדי שלא יעשו רבים איסור דרבנן · דהפסוק נכתב קודם שגזרו רבנן איסור תחומין :

פרח יז אות ד

לכאורה נוכל לומר דהא הרמב"ם פסק בהלכות סוטה בפ' שני הלכה ט' וז"ל לפיכך אם היתה אשתו אסורה עליו מחייבי לאוין או מחייבי עשה אפילו שניה וקינא לה ונסתרה אינה שותה אלא תצא בלא כתובה ותהיה אסורה עליו אף משום זה · עבר ונשא מעוברת חבירו ומניקת חבירו הרי זו שותה שאין כאן עבירה · ורבים נלאו לתרץ דברי הרמב"ם מניין הוציא דין זה דאפילו שניה מקרי שאין האיש מנוקה מעון שלכאורה הפסוק ונקה האיש מעון קאי על עון שאסור מן התורה ולא קאי על העון שהוא אסור רק מדרבנן כגון שניה · ולפענ"ד נראה לתרץ שהרמב"ם הוציא דין זה מסוטה (דף מ"ד ע"א) ר"ע אומר הירא והרך הלבב כמשמעו שאינו יכול לעמוד בקשרי המלחמה ר"י הגלילי אומר הירא והרך הלבב זהו המתירא מן העבירות שבידו לפיכך תלתה לו התורה כל אלו שיחזור בגללן רבי יוסי אומר אלמנה לכהן גדול גרושה וחלוצה לכהן הדיוט ממזרת ונתינה לישראל בת ישראל לממזר ולנתין הרי הוא הירא ורך הלבב עכ"ל המתני' · ואמרינן שם בגמרא מאי איכא בין ר' יוסי לר"י הגלילי איכא בינייהו עבירה דרבנן וכו' עכ"ל הגמרא · וכיון שכן נוכל לומר דהרמב"ם פסק כר"י הגלילי דאפילו עבר על דברי סופרים חוזר דכיון שאמרו רבנן שלא לעשות זה נכלל מה שכתוב בתורה הירא ורך הלבב ולכן פסק הרמב"ם דאף אם נשא שניה אף שהוא רק מדרבנן מקרי אינו מנוקה מעון הכתוב בתורה ואף שהרמב"ם פסק כאן שלא כר"י הגלילי היינו טעמא · מפני שפוסק כר"ע דהירא ורך הלבב הכתוב בתורה כמשמעו וכו' ואף שאיתא (בסוכה דף כ"ג ע"א) דתניא העושה סוכתו על גבי בהמה ר"מ מכשיר ור"י פוסל מ"ט דר"י אמר קרא חג הסוכות תעשה לך שבעת ימים סוכה הראוי לשבעה שמה סוכה · שאינה ראויה לשבעה לא שמה סוכה ור"מ הא נמי מדאורייתא מחזא חזיא ורבנן הוא דגזרו בה כו' עכ"ל הגמרא ופסק הרמב"ם בפ"ד מהלכות סוכה הלכה ו' כר"מ וטעמא דר"מ כיון דמן התורה מחזא חזיא אף שמדרבנן אסורה מקרי סוכה הראויה לשבעה ולא נכלל בהפסוק חג הסוכות תעשה לך שבעת ימים ה"נ אם עבר ונשא שניה לא מקרי אינו מנוקה מעון שהפסוק קאי שעבר על עון דאורייתא לפ"ז קשה דסתרי דברי הרמב"ם הדדי אך לפי מה שכתב השער המלך בפ' שמיני מהלכות לולב ה' א' שכתב ליישב דעת התוספות והטור דאע"ג דקי"ל כסתם מתניתין דפ' הישן דסוכה שע"ג האילן כשירה לאו מטעמיה דר"מ דקאמר משום דמדאורייתא מחזי חזיא פסקינן כוותיה אלא משום דקי"ל כרבנן דר"א דעושין סוכה בחה"מ דלרבנן אך דינא דר"י לא מצי למיקם ואע"ג דבעלמא ר"מ ור"י הלכה כר"י הכא לא קי"ל כוותיה כיון דסתם מתניתין כר"מ · וב"ה נמי הכי ס"ל וב"ש במקום ב"ה אינה משנה אמנם במאי דפליגי ר"מ ור"י בשאינה ראויה לשבעה מדרבנן דלר"י פסולה מן התורה משום דהשתא לא חזיא ולר"מ כיון דמדאורייתא כשרה דנ"מ מהך פלוגתא לשאר דינים דעלמא וכעין נידן דידן בהא אזלינן לכללין דר"מ ור"י הלכה כר"י דס"ל דכיון דמדרבנן לא חזי פסולה · וכן כתב ספר דרישת הזהב בפשיטות כדברי שער המלך והובא בספר באר השבע (דף כ"ג) על הסוגיא דסוכה שם · לפ"ז אדרבה יש ראיה מפלוגתא דר"מ ור"י דהלכה כר"י אף דפסול רק מדרבנן מקרי אינה ראויה לשבעה מן התורה אי בעינן סוכה הראויה לשבעה · לכן פסק הרמב"ם בהלכות סוטה שאם עבר ונשא שניה מקרי אין האיש מנוקה מעון מן התורה לפ"ז נוכל לומר דאוקימתא דרב ששת קאי אף שלא אליבא דר"ע דאמר תחומין דאורייתא ומה שקשיא לן למה אילטריך הפסוק עתי אפילו בשבת ומתיר לרכוב על כתפו לדחות את השבת הא אפשר לעשות מחילה ע"י בני אדם כנ"ל הא נוכל לומר דכיון דהרבה בני אדם יעשו איסור דרבנן איסור תחומין לכן מוטב שיעשה יחיד איסור דאורייתא כדכתבתי ראיה מברכות ואף שהוא רק אסור מדרבנן מ"מ בא הכתוב על זה כמו שבא הכתוב גבי סוטה לפי דעת הרמב"ם ולפי דברי ר"י בסוכה דאין עושין סוכה ע"ג האילן אף שהוא אסור רק מדרבנן מקרי סוכה שאינה ראויה לשבעה מן התורה וכן גבי מלחמה אם עבר עבירה דרבנן לדברי ר"י הגלילי חוזר שזה נכלל מה שכתב בתורה איש הירא ורך הלבב · אבל זה אינו דהפסוקים בודאי קאי על דבר שאסור מן התורה רק נאמר שבאו חכמים ועשו סייג לתורה ואסרוהו או פסלוהו שאז דבריהם אמרינן דהוה כמו שאסור ופסול מדאורייתא כיון דרבנן אסרו או פסלו מאי נ"מ אם מדרבנן או מדאורייתא · אבל זאת לא אמרינן דבא הכתוב רק על איסור דרבנן כגון הכא · דאי מותרין תחומין אף מדרבנן לא משכחינן שום נוגא שידחה הרכבת השעיר את השבת כיון דאפשר לעשות ע"י מחילות בני אדם זאת לא מצינו בשום מקום ואין הסברא נותנה כן שיהיה נכתב בתורה מפני שיגזרו רבנן אח"כ לגלות לנו התורה שיאסרו חכמים תחומין :

לפ"ז כדי לתרץ הקושיא שקשיא לן הא יוכל לעשות מחילה ע"י בני אדם מוכרחין אנו לומר שאתא אוקימתא דרב ששת שאם היה חולה אליבא דר"ע דאמר תחומין דאורייתא לכן אמרה תורה שמוטב שיעשה יחיד איסור דאורייתא ולא יעשו אנשים הרבה איסור לאו ואיסור תחומין כדכתבתי ראיה מברכות וכיון שכן דאוקימתא דרב ששת אתיא אליבא דר"ע וכבר כתבתי דהפר"ח סובר דאיסור כולל לא חל ואיסור בת אחת חייל ולפ"ז לא מצרכינן לתפוכי הבריתא ור"ע סובר דאם הוא שבת ויוה"כ אינו חייב אלא אחת לכן אי"ר ישמעאל זה :

זאת אומרת עירוב והוצאה לשבת ואין עירוב והוצאה ליוה"כ דלא נוכל לומר דבא הכתוב עתי ואפילו בשבת לאשמעינן שדחי תרי איסורין איסור שבת ואיסור יוה"כ דהא הוכחתי דאוקימתא דרב ששת אתי אליביה דר"ע ור"ע סובר דאינה חייב אלא אחת ואי תקשה לך דלר"ע בלאו הכי ניחא ולא מצרכינן לאוקימתא דרב ששת דבא הכתוב עתי להתיר איסור תחומין כיון דס"ל דתחומין דאורייתא כבר כתבתי לעיל דלא נוכל לומר דבא הכתוב להתיר איסור תחומין דהא בלאו הפסוק הזה ידעינן שדוחה איסור תחומין דהא קיי"ל בכל מקום דעשה דוחה את ל"ת ובתחומין אפילו לר"ע יש רק איסור לאו לחודא לא איסור מיתה ולא איסור כרת ולא עשה כדכתבתי לעיל באריכות · [ולפ"ז נשאר לנו לתרץ קושיות התוספות דיומא שם ד"ה אמר רפרם זאת אומרת עירוב והוצאה כו' אמרינן בפ' אמרו לו (דף י"ד ע"א) דלרפרם בדותא היא דפריך עליו ודילמא שאני שעיר המשתלח דהכשירו ביוה"כ בכך אלא דרפרם בדותא היא וכו' דדברי תורה עניים במקום זה ועשירים במקום אחר וכתב על זה הש"א בש"ע ומי יתן שהי' מראין לנו רבותינו אפילו מקום אחד שהגמרא מייתי דברי איזה אמורא במקום אחד בסתם ובמקום אחר מייתי לה ודחי לה בשתי ידים כהך דהכא ולא עוד אלא שבמקומן במסכתא יומא לא דחי ליה כמ"ש · ומתרץ שם השאגת ארי' לפי דעת הרי"ף וסייעתו דס"ל דתחומין דשנים עשר מיל הוה מן התורה ניחא הסוגיא דיומא ודכריתות דלא קשה הדדי · ולפי מה שכתבתי דאפילו לר"ע דס"ל דתחומין דאורייתא לא נוכל לומר דעתי אפילו בשבת בא להתיר תחומין לפ"ז אינם יכולין לתרץ כתירץ הגאון בעל שאגת ארי' עיי"ש ודוק · ולפענ"ד נראה ליישב דלא קשה הסוגיא דיומא ודכריתות אהדדי מהא דאיתא בזבחים (דף ל"ב ע"ב) אמר ליה אין ואכתי לא דמי מצורע היתרא הוא הואיל ואשתרי טומאה דחויה היא להא אידחאי להא לא אידחאי אמר ליה רבא אדרבה איפכא מסתברא מצורע היתרא הוא להא אשתראי ולהא לא אשתראי טומאה דחויה הוא מה לי חד דחויה מה לי שתי דחיות עכ"ל הגמרא עיי"ש ודוק היטב ותמצא שיש ליישב הסוגיות הדדי מהא דזבחים ואין רצוני להאריך בזה] :

היוצא מדברינו שלר"ע ס"ל לר"י אם יכול להמתין עד למחר ולא יבוא לידי דחיות לאו ימתין ולמד זאת מדכתיב והנותר וגו' בקר שני לשריפתו משום שיכול להמתין עד למחר כדכתבו התוספות ביבמות והבאתיו לעיל · ומה שקשה על זה מיומא הנ"ל כבר ישבתי לכן ס"ל לר"י דאם נקצר שלא כמצותו כשר בדעבד אמאי דוחה את השבת · אלא מדדחי שמעינן דנקצר שלא כמצותו פסול אף בדעבד וכבר בארתי זה לעיל באריכות לפ"ז ניחא דברי הרמב"ם שפסק כשנקצרה שלא כמצותו כשר בדעבד ואפ"ה פסק דדחי שבת דהרמב"ם פסק כרב אשי דהוא בתרא שסובר בשבת (דף כ"ד ע"ב) שהטעם שאין שורפין קדשים ביו"ט משום דשבתון עשה והוה ליו"ט עשה ול"ת ואין עשה דוחה ל"ת ועשה וכן כתב הרמב"ם (בפ' ג' מהלכות יו"ט ה' ח') הטעם דאין שורפין קדשים ביו"ט כמו שאמר רב אשי · הרי חזינן לפי טעמא דרב אשי אף דיוכל להמתין עד למחר ולא יבוא לידי דחיות יו"ט הוה אמינא דשורפין רק משום דיו"ט עשה ול"ת משום הכי לא דחי עשה דשריפה ואין שורפין ביו"ט לכן פסק הרמב"ם שפיר אף דנקצר שלא כמצותו כשר בדיעבד אפ"ה דוחה קצירתו שבת אף שר"י לא סבר הכי פסק כרב אשי דהוא בתרא :

פרח יז אות ה

ואין לומר דלכך לא דחי עשה זו דהנותר לל"ת דיו"ט משום דבא ע"י פשיעה · וכמש"כ התוס' בעירובין (דף ק') · דכבר העלה הטו"א בר"ה כ"ח דגם בכה"ג דחי · ולפי דברינו אלו דאף מעשה שבא על ידי פשיעה ואעפ"כ מקרי

עשה והוה אמינא דדחי יו"ט וכבר כתבתי לעיל מזה באריכות · יתיישב קושיות התוספות שהקשו על רש"י בשבת (דף כ"ה) בד"ה הדין על מה שפירש"י דהדין בציצית ב"ש פוטרין משום דכלאים לא שרי רחמנא דלא דרשי סמוכין והקשה התוספות על זה וז"ל ועוד דאמרינן בפ"א ביבמות (דף ד') גבי כלאים בציצית דאפילו מאן דלא דריש סמוכין בעלמא במשנה תורה דריש ואיך יתכן לומר דב"ש לא דרשו סמוכין עכ"ל ונלפענ"ד לתרץ דברי רש"י דהתוספות כתבו ביבמות (דף ד' ע"א) ד"ה דכתיב וכו' על הא דילפינן דעשה דחי את הל"ת מכלאים בציצית דכתיב לא תלבש שעטנז וסמיך ליה גדילים תעשה לך אפילו משעטנז יעשה גדילים וכתבו התוספות על זה ואיפכא ליכא למימר דבמקום גדילים לא תלבש שעטנז כדאמר בסמוך במקום כי ישבו לא תחסום דא"כ לשתוק קרא מיניה וממילא ידעינן דלא דחי עשה הציצית לאו דכלאים עכ"ל התוספות · ושם (דף ה' ע"ב) בתוספות ד"ה כולה כתבו וא"ת ולמה לן קרא למילף מכלאים בציצית נילף משריפת קדשים מדאיצטריך התם לומר קרא דלא דחי משום דיכול להמתין מכלל דבעלמא דחי ואומר ר"י דהתם איצטריך קרא שלא תאמר דדחי משום דאפילו אוכל נפש שרי ולמ"ד נדרים ונדבות אין קרבין ביו"ט לא אצטריך הכא קרא אלא אליבא דמ"ד קריבין עכ"ל התוספות וב"ש ס"ל בכמה מקומות דנדרים ונדבות אין קריבין ביו"ט רק לחד תנא אית ליה דשלמים שאינה של יו"ט שקריבין והיינו טעמא משום כיון דאית ביה אוכל נפש אבל עולה של נדרים ד"ה אין קריבין עיין בביצה (דף י"ט ע"א) לפ"ז נוכל למילף מדאין שורפין קדשים ביו"ט משום דיכול להמתין מכלל דבעלמא דחי כקושיות התוס' וכיון דנוכל למילף מהכא דעשה דוחה את ל"ת בשריפת קדשים · לפ"ז נוכל לומר איפכא דבמקום גדילים לא תלבש שעטנז לב"ש ולא נוכל לומר כתירץ התוספות שם דא"כ לשתוק קרא מיניה דממילא ידעינן דהוה אמינא דניליף משריפת קדשים דאתי עשה דציצית ודחי את הל"ת לא תלבש שעטנז להכי משמיענו הקרא דלא דחי · נמצא לפ"ז אף דב"ש סברי דכלאים אסור בציצית לפי פירש"י ואפ"ה דרים סמוכין אך הוא דריש איפכא לאסור כלאים בציצית כן נראה לי ודו"ק · היוצא מדברינו דר"י ס"ל דשריפת קדשים לא דחי יו"ט משום שיכול להמתין עד למחר כמו שכתב התוספות הנ"ל משום הכי ס"ל דאם נקצר שלא כמצותו כשר בדיעבד לא דחי את השבת אבל הרמב"ם פסק כרב אשי דסובר בשבת (דף כ"ד ע"א) דיו"ט עשה ול"ת משום הכי לא דחי שריפת קדשים אבל אם היה רק ל"ת לחודא הוה דחי יו"ט אף שהוא יכול להמתין עד למחר וכן כתב הרמב"ם הטעם דרב אשי (בפרק ג' מהלכות יו"ט הלכה ח') משום הכי ס"ל להרמב"ם דאף אם נקצר שלא כמצותו כשר בדיעבד אפילו הכי דחי שבת כרב אשי דהוא בתרא דפליג על ר' יוחנן ולעיל בארתי היטב · ולא תקשה לך על דברינו מר"י דחגיגה (דף ט' ע"א ומגילה (דף כ' ע"ב) עבר הרגל וכו' והמבין יבין ודו"ק · ולא תקשה לך על דברינו לרב אשי למאי אתי קרא והנותר דלא מצינו למימר דבא ליתן עשה אחר ל"ת לומר שלא היו לוקין עליו · דהא בלאו הכי לא היו לוקין דהא לאו שאין בו מעשה הוא · ולכאורה רב אשי ס"ל לאו שאין בו מעשה פטור עליו עיין במכות (דף כ"א ע"ב) ובשבועות (דף י"ז ע"א) בתוס' בד"ה לא ובזבחים (דף כ"ט) · וביותר קשה לפי דעת הרמב"ם שפסק בפ' שמונה עשר מהלכות סנהדרין הלכה ב' כל לאו שאין בו מעשה לא היו לוקין עליו וכו' עכ"ל · מה למידין אנחנו מהקרא דמיותר והנותר כדקשיא לן לרב אשי · ונראה לפענ"ד לתרץ דאיתא בפסחים (דף פ"ה ע"א) והתניא ועצם לא תשברו בו אחד עצם שיש בו מוח ואחד עצם שאין בו מוח לפ"ז עצם שיש בו מוח מוכרח להיות נותר כיון דאסור לשבור העצם ליטול המוח מתוכו ובודאי בנותר כזה לא היה חייב מלקות אך אם בא אחד ושיבר את העצם והיה יכול לאכול המוח שהיה בתוכו ולא אכלו ונעשה נותר היה חייב מלקות כיון שעשה מעשה מקודם ששיבר את העצם ומפני זה בא הכתוב והנותר ליתן עשה אחר ל"ת לומר שלא היו לוקין עליו וכי תימא דלא

נעשה

נעשה המעשה בלאו דנותר רק בלאו' דעלס לא תשברו לכן אינו חייב מלקות על לאו דנותר דבלאו זה לא עשה שום מעשה דגדולה מזה כתב המשנה למלך בפ"ג מהלכות ביאת המקדש הלכה כ"א ודע שמה שכתבו דאפילו לרב אשי לא חשיב שהיא כמעשה אלא כשתחילת המעשה היה באיסור כגון לבישת כלאים או מי שנכנס למקדש וטימא עצמו בשוגג שהרי תחילת האיסור היה ע"י מעשה של איסור וכן מי שהיה טמא ונכנס למקדש בשוגג ואח"כ התרו בו היה לוקה אם שהה · לפי שתחילת המעשה ע"י כניסה שהוא מעשה גמור · אך טהור שנטמא במקדש באונס לא חשיב מעשה ופטור עליו משום דאין כאן מעשה כלל דהטומאה באונס היתה שבא חבירו וטימאו והוא לא עשה מעשה כלל ואי משום הכניסה בהיתר היתה שטהור היה · ועד כאן לא אמרינן דכל שתחלת הפעולה היתה באיסור אבל כשהיתה בהיתר אינה מצטרפת אם סופה להחשיבה כמעשה כך היה נראה לי מדבריו · אך אחרי העיון הא ליתא דרב אשי בעי טמא עצמו במזיד כו' ותו דאידך בעי דרב אשי נזיר בקבר וכו' ועוד דהתוספות עשאן שם בנזיר וכו' אשר על כן נראה דאליבא דתוספות כל שתחילת הדבר היה ע"י מעשה אף שהיה בהיתר חשוב כמעשה אם נעשה איסור אח"כ בלתי מעשה עכ"ל נמצא דלפ"ז כ"ש היכי דמעשה היה באיסור אף שהמעשה היה שעבר בלאו אחר דהיינו בלאו דשבירת עלס מ"מ מקרי מעשה אף גבי לאו דנותר דכיון דאף שהמעשה היה בהיתר כתב המשנה למלך דמקרי מעשה לפ"ז הקרא והנותר וגו' אינה מיותר דבא הכתוב ליתן עשה אחר ל"ת היכי שעשה מעשה כגון שעיבר עלס שיש בו מוח ואחר כך הותיר דמקרי לאו שיש בו מעשה הוא ובא ליתן עשה לומר שאין לוקין עליו · ואל תשיבני מהא דאיתא ביבמות (דף ע"ח ע"א) דאי לא כתב קרא · ופירש"י על זה מידי דעל ידי עבירה קאתי לא כתב קרא כו' עכ"ל רש"י וכן איתא שם (דף י' ע"א) ובפסחים (דף ק"ה) ובמנחות (דף נ"ב) נוכל לומר לאביי דאמר בפסחים דאסור לשרוף עצמות שיש בהם מוח משום פקע ופירש"י על זה שמא מחמת הגחלת יפקע במקום אחר ואין זו שריפה אלא שבירה עכ"ל רש"י עיין בפסחים (דף פ"ד ע"ב) ומוכח מדברי התוספות (בדף פ"ה) שם בד"ה כשהוא דלאביי ליכא איסור דאורייתא רק לרבא דאמר לעיל דאסור משום הפסד קדשים לפ"ז נוכל לומר לאביי דבא הכתוב והנותר וגו' היכי שפרק עלס שיש בו מוח והוציא המוח ונקרא לאו שיש בו מעשה אף שהיה בהיתר מן התורה כמו שכתב המשנה למלך והוה אמינא דחייב עליו. לכן בא הכתוב והנותר ליתן עשה אחר ל"ת לומר שאין לוקין עליו ואף לרבא דאסור לשרוף עלס שיש בו מוח משום הפסד קדשים דמשמע מדברי התוספות שאסור מן התורה מ"מ נ"ל דהא דכתבו התוספות דלרבא אסור מן התורה היינו לפי הוה אמינא דיכול לשבור עלס שיש בו מוח להוציא המוח מתוכו דאתי עשה ואכלו את הבשר ודוחה את הל"ת דעלס לא תשברו בו וכיון דמותר לשבור את העלס להוציא את המוח מן העלס בלא שום הפסד לא נוכל לומר דאפשר לקיים את שניהם העשה והל"ת בישרוף את העלס דהא אם ישרוף יהיה הפסד קדשים לכן דחי העשה את הל"ת כדי שלא יהיה הפסד קדשים אבל לפי המסקנא דאסור לשבור העלס שיש בו מוח ומוכרח להיות נותר מותר לשרוף מן התורה אף כשישרוף יהיה הפסד קדשים שהיה נשרף מן המוח קלא דהא אם לא נשרוף יהיה נותר כל המוח וישרוף כולה בבוקר שני ודמיא להא דאיתא בבכורות (דף ל"ג ע"ב) דאמר רבי חייא בר אבא הכל מודים במתמן אחר מתמן שהוא חייב ופירש"י על זה הכל מודים נמי רבנן אע"ג דפליגי בבכור שאחזו דם דהוה המקיז דם מטיל מום כבעל מום דאין לך בעל מום גדול מזה שהרי ימות כולהו מודי במנחות שהמתמן אחר המתמן עגון אם לא אחד בהומן ואפשר אחר שניהם חייבין דכתיב וכו' עכ"ל ואע"ג דרבנן ס"ל דמותר להטיל מום בבעל מום אעפ"כ מדרבנן אסור לכן אסור מדרבנן להקיז עיין בביאורי הגר"א ס' בי"ג ס"ק ע' ותמצא דברי לפ"ז לפי מה דקי"ל דאסור

לשבור עלס שיש בו מוח בודאי מותר לשרוף לרבא אף שיהיה הפסד קדשים מן התורה דהא אם לא ישרוף יבוא לידי נותר כולה והא דאסר רבא לשרוף עלס שיש בו מוח משום דקמפסיד לה בידים היינו רק מדרבנן דהא חזינן דמותר מן התורה להקיז דם בבכור דאם לא יקיז בודאי ימות אף דאם יקיז עביד בידים הפסד דמטיל מום בקדשים מ"מ מותר מן התורה רק מדרבנן אסור ה"נ גבי עלס שיש בו מוח אסור לשרוף רק מדרבנן · ואל תשיבני על מה שכתבתי דשבירת עלס שיש בו מוח ואח"כ הותיר מקרי לאו שיש בה מעשה אף שהמעשה היה בהיתר והבאתי ראיה ממשנה למלך שכתב ג"כ דמקרי לאו שיש בה מעשה באופן זה הא כתב רש"י (בסנהדרין דף ס"ה ע"א) בד"ה ר"ל אמר ידעוני להכי לא תנינא לה להתם משום דאפילו כי עביד לה באפי נפשיה לאו בר קרבן הוא לפי שאין בו מעשה וחטאת אינה באה אלא על המעשה דכתיב ועשה אחת אבל · בעל אוב צריך להקיש בזרועותיו כדלקמן והקשת זרועותיו חשיב ליה מעשה אבל הכנסת העלם ידעוני אינו מדבר בשעת מעשה אלא לאחר המעשה שהוא בפיו מדבר העלם מאליו עכ"ל מוכח מדברי רש"י היכי שהמעשה היתה בהיתר לא מקרי מעשה ויכולין אנו לתרץ דהמשנה למלך הוכיח היכי דהמעשה היה בהיתר מקרי לאו שיש בו מעשה מרב אשי ורב אשי פליג על ר"ל בהא ואזיל לשיטתו דכיון דאמר דיו"ט מקרי עשה ול"ת צריכין אנו לומר דבא הכתוב והנותר ליתן עשה אחר ל"ת ולכאורה קשה הא בלאו הכי אין לוקין עליו משום דהוה לאו שאין בו מעשה אלא ע"כ דבא הכתוב והנותר וגו' היכי שעשה מעשה כגון שפרק עלס שיש בו מוח והותיר אח"כ המוח והוה אמינא דהוי לוקין עליו דהא עשה מעשה אף שהמעשה היתה בהיתר מ"מ מקרי מעשה לכן בא הכתוב והנותר ליתן עשה שאין לוקין עליו נמצא לפ"ז דרב אשי סובר אף שהמעשה היתה בהיתר מקרי לאו שיש בו מעשה ול"ה לר"י מניין לנו דבא הכתוב והנותר אליביה ליתן בוקר שני לשריפתו דמה שהוכחנו לעיל כיון דר"י סבר לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו ע"כ לא בא נותר ליתן עשה שאין לוקין דבלאו הכי אין לוקין שלאו שאין בו מעשה הוא אלא ע"כ בא ליתן בוקר שני לשריפתו עיין לעיל באריכות הא נוכל לומר דגם לר"י דס"ל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו מ"מ בא הכתוב ליתן עשה היכי שעשה מעשה כגון שפרק עלס שיש בו מוח והוציא המוח והותיר אח"כ המוח וה"א דחייב עליו כיון שעשה מעשה בא הכתוב והנותר ליתן עשה לומר שאין לוקין עליו כדכתבתי אליביה דרב אשי · והרמב"ם · נ"ל דמוכיח מן הגמרא דסנהדרין הנ"ל שר"י ס"ל אף שעשה מעשה כיון שהמעשה היתה בהיתר לא מקרי לאו שיש בה מעשה דאיתא שם במתני' בעל אוב זה פיתום המדבר משחי' וידעוני זה המדבר בפיו הרי אלו בסקילה והנשאל בהם באזהרה (גמרא) מ"ש הכא דקתני בעל אוב וידעוני ומ"ש גבי כריתות דקתני בעל אוב ושייריה לידעוני ר"י אמר הואיל ושניהם בלאו אחד נאמרו ור"ל אמר ידעוני לפי שאין בו מעשה כו' ופירש"י על ר"ל הבאתי לעיל ור"י מ"ט לא אמר כר"ל אמר לך מתניתין דכריתות ר"ע הוא דאמר לא בעינן מעשה כו' עכ"ל הגמרא ואי תימא דר"י ס"ל היכי דנעשית מעשה אף שהיתה בהיתר מקרי לאו שיש בו מעשה למה אמרינן שם דר"י לא אמר כר"ל משום דמתניתין דכריתות ר"ע היא שזה התירוץ אינה מרווח כ"כ עיי"ש בסוגיא ועיין שם בתוספות ד"ה מאן הוה ליה להגמרא לומר דלר"י ידעוני לאו שיש בו מעשה הוא כיון שעשה מעשה שהכניס העלם שידעוני בפיו אף שהמעשה היתה בהיתר מ"מ מקרי מעשה כמו שסובר רב אשי כמו שכתב המשנה למלך הנ"ל · אלא ודאי דידע הגמרא דלר"י ס"ל כר"ל דלא מקרי מעשה כיון שהמעשה היתה בהיתר וצריכין אנו להבין מאיזה מקום הוכיח הגמרא דר"י סובר כר"ל בהא וצריכין אנו לומר דהגמרא הוכיח כיון דר"י סובר אם נקלף שלא כמצותו כשר בדיעבד אינה דוחה את השבת והקשה התוספות על זה שם הא כיון דלכתחלה מצוה לקלוף כמצותו

ידחה

ידחה את השבת ותירוצו. של' התוספות על זה כבר כתבתי בהרמב"ם לא ניחא ליה מיבמות עיין לעיל באריכות וצריכין אנו לומר דר"י סובר דהפסוק והנותר בא ליתן בוקר שני לשריפתו וכדכתבו התוספות ביבמות הטעם שאינה דוחה עשה דבאש תשרופו את הל"ת דיו"ט כיון שיכול להמתין עד למחר עיין לעיל שכתבתי דבריהם · ולפ"ז מוכח אף דלכתחלה מצוה לקצור כמצותו לא דחי את השבת עיין לעיל בארתי היטב זאת מבבלי ומירושלמי וצריכין אנו להבין מנ"ל לר"י דבא הכתוב והנותר ליתן בוקר שני דלמא בא ליתן עשה שאין לוקין עליו וצריכין אנו לתרץ דבלאו הכי אין לוקין עליו דלאו שאין בו מעשה הוא ואכתי לא ניחא דלמא בא הכתוב והנותר להיכי שעשה מעשה כגון ששובר עצם שיש בו מוח אלא והאי ס"ל לר"י היכי שעשה מעשה בהיתר לא מקרי מעשה משו"ה · ע"כ בא הכתוב והנותר ליתן בוקר שני לשריפתו והטעם בזה משום שיכול להמתין עד למחר אף דלכתחלה מצוה לשורפו מיד כדכתבתי לעיל מבבלי ומירושלמי מ"מ לא דחי יו"ט לכן ס"ל גבי עומר שאם נקצר שלא כמצותו כשר בדעבד אינה דוחה את השבת וכיון דמוכח מזה דר"י ס"ל אף שעשה מעשה כיון שעשיתו היתה בהיתר לא מקרי מעשה משום הכי אמרינן בסנהדרין דר"י לא אמר כר"ל אמר לך מתניתין דכריתות ר"ע הוא דאמר דלא בעינן מעשה · ועוד נוכל לומר דמוכח דר"י סובר דלאו שאין בו מעשה אף אם עשה מעשה אין לוקין עליו ובזה נחלקו הרב המגיד (בפ"ג מהלכות שכירות ה' ב') עם בעל החינוך הביאו המשנה למלך בפ' רביעי מהלכות מלוה ולוה הלכה ו' וז"ל בעל החינוך שהביאו המשנה למלך במצות שמ"ס וס"מ דכל לאו שאפשר לעבור עליו מבלי מעשה אע"פ שנעשה בו שום מעשה לאו שאין בו מעשה נקרא והרב המגיד לכאורה נחלק על זה עיי"ש במשנה למלך. הנ"ל וס"ל לר"י כדעת בעל החינוך הנ"ל והוכיח זאת מהא דאיתא (בב"מ דף צ' ע"ב) איתמר הכמה בקול והנהיגה בקול ר"י אמר חייב ר"ל אמר פטור ר"י אמר חייב עקימת פיו הוי מעשה ר"ל אמר פטור קלא לא הוי מעשה · ולכאורה לא ידעינן מאי טעמא דר"י דאמר עקימת פיו הוי מעשה הא מעשה גרוע הוא דהא חזינן דרבים ס"ל דלא הוי מעשה היינו ר"ל בר פלוגתו ורבי יוסי הגלילי דאמר כל ל"ת שבתורה עשה בו מעשה היה לוקה לא עשה בו מעשה פטור חוץ מנשבע ומומר ומקלל חבירו בשם אע"פ שלא עשה מעשה חייב כו' עיין בתמורה (דף ג' ע"א) וכן איתא במכות (דף ט"ז ע"א ובשבועות דף כ"א) וגם ר' יוסי הגלילי תנא הוא וס"ל דעקימת פיו לא הוי מעשה מדאמר חוץ מנשבע ומומר כו' והיכי פליג עליו ר' יוחנן. עיין בתוספות כתובות (דף ה' ע"א) ד"ה רב דר"י אמורא הוא ואינו יכול לפלוג על תנא וצריכין אנו לתרץ זאת דר' יוחנן ס"ל כדעת בעל החינוך דלאו שאין בו מעשה אף אם עשה בו מעשה אין לוקין עליו לפ"ז מוכח דעקימת פיו הוי מעשה כדאיתא במכות (דף י"ג ע"ב) דתניא אחד חייבי כריתות ואחד חייבי מיתת ב"ד (בימי הסנהדרין) ישנו בכלל מלקות ארבעים דברי ר' ישמעאל כו' מאי טעמא דר' ישמעאל דכתיב אם לא תשמור לעשות את כל דברי התורה הזאת וכתיב והפלא השם את מכותך הפלאה זו אינו יודע מה הוא כשהוא אומר והפילו השופט והכהו לפניו הוי אומר הפלאה זו מלקות אי הכי לאו שאין בו מעשה נמי לעשות כתיב לאו שניתק לעשה נמי דומיא דלאו דחסימה שאתה דאתית להכי כולהו נמי דומיא דלאו דחסימה עכ"ל הגמרא · נמצא לפ"ז דלר' ישמעאל אין לוקין אלא דומיא דלאו דחסימה משו"ה אין לוקין על לאו שאין בו מעשה ואי נימא דעקימת פיו לא הוי מעשה הא מוכח מלאו דחסימה דהיו לוקין על לאו שאין בו מעשה כיון דאפשר לעבור על לאו דחסימה בלא עשיות מעשה כגון שחסמה בקול אפילו עשה מעשה בחסימתה ג"כ פטור כיון שאפשר לעבור בלא מעשה לכן הוכיח מר' ישמעאל דסובר דעקימת פיו הוי מעשה לכן אי אפשר לעבור על לאו דחסימה בלא מעשה ומפני זה סובר ר' יוחנן דעקימת פיו הוי מעשה אף שכתבו התוספות שם בב"מ ד"ה ור' יוחנן וכו' דטעמו דר"י דעקימת פיו הוי מעשה אלא הכא משום דבדיבורו קא עביד מעשה שהולכת ועושה בלא אכילה כדאמרינן בריש תמורה עכ"ל הרמב"ם לא ניחא ליה פירושם · כיון דבגמרא איתא דר' יוחנן אמר חייב עקימת פיו הוי מעשה בסתימות ולא אמר הגמרא הטעם משום דבדיבורו קא עביד מעשה משמע מזה דעקימת פיו הוי מעשה אף היכא דלא קאעביד בדיבורו מעשה לפ"ז מוכרחין אנו לומר דהפסוק והנותר בא ליתן בקר שני לשריפתו דלא נוכל לומר דבא ליתן עשה שאין לוקין עליו אף היכי דקא עביד מעשה כגון ששרף עצם שיש בו מוח ואח"כ הותיר כדאמרינן לרב אשי ולהרמב"ם הא ר' יוחנן ס"ל דכל לאו שאין בו מעשה אף דקא עביד מעשה פטור כיון שאפשר לעבור הלאו הזה בלא מעשה כדעת בעל החינוך · וכ"ת דלפי מה שכתבתי דטעמו דר"י דעקימת שפתיו הוי מעשה משום דס"ל כדעת בעל החינוך דלאו שאין בו מעשה אף אם עשה בו מעשה אין לוקין אמאי פסק הרמב"ם בפ' י"ג מהלכות שכירות הלכה ב' שאם חסמה בקול חייב דכיון דהרמב"ם פוסק כרב אשי דבלאו שאין בו מעשה אם עשה בו מעשה חייב לפ"ז לא ידעינן דר"י ס"ל דעקימת פיו הוי מעשה דתליא זה בזה אם נאמר דלאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו אף אם עשה מעשה מוכח דר' ישמעאל ס"ל. דעקימת פיו הוי מעשה וכוותיה פסק ר' יוחנן · אבל להרמב"ם אינו מוכח דר' ישמעאל ס"ל הכי וזאת מצינו דר' יוסי הגלילי סובר דעקימת פיו לא הוי מעשה כדכתבתי לעיל ולא מצינו שפליג שום תנא עליו בזה · והיכי פסק הרמב"ם דלא כר"י דאם חסמה בקול חייב · ונראה לפענ"ד לתרץ על פי מאי דאיתא בירושלמי פ"ח דכלאים רבי חמא בר עוקבא בשם ר"י בר חנינא אמר המנהיג בקול בכלאים חייב. ותני כן הנהיגה המשיכה קרא לה ובאת אחריו נתחייב בה לבלה כשואל ותני שמואל היתה עומדת חוץ לתחום וקרא לה ובאת אחריו הרי זה פטור תמן לדעתה היא מהלכת ברם הכא על כרחה היא מהלכת עכ"ל הירושלמי והפירש בירושלמי הא דפריך והתני שמואל וכו' כך הוא · דמוכח מזה דמנהיגה בקול לא הוי כאילו הנהיגה בידים דעושה מעשה ולמה אמר ר' יוסי בר חנינא דהמנהיג בכלאים בקול היה לוקה כאילו הנהיגה בידים עיי"ש במפרש ותמצא כדברי · לפ"ז ניחא דהרמב"ם פסק כהך תנא דברייתא דהנהיגה במשיכה וכו' וכעין ברייתא זו איתא בבלי בקדושין (דף כ"ב ע"ב ובב"ב דף ע"ה ע"ב) ומשמע שם דהלכה כהברייתא זו דשקלי וטרי אמוראי על הך ברייתא ורבי חמא בר עוקבא בשם ר' יוסי בר חנינא בודאי סובר הכי כדאיתא בירושלמי · הרי מוכח מזה דצריכין לפסוק דאם הנהיגה בקול הוי כמו הנהיגה בידים וכן אם חסמה בקול הוי כאילו חסמה בידים לכן אתיא שפיר דפסק הרמב"ם דחסמה בקול חייב דפסק כהך ברייתא וכל האמוראים דשקלי וטרי על הך ברייתא וכרב עוקבא בר חמא בשם ר' יוסי ב"ר חנינא · וכ"ת דלפ"ז אינו מוכח דר"י סובר דלאו שאין בו מעשה אין לוקין אפילו אם עשה מעשה דהא הוכחנו זאת מדר"י סובר דעקימת פיו הוי מעשה מוכרח להיות סובר כר' ישמעאל דאל"כ לא הוי פליג על ר"י הגלילי דהוא תנא והוא סובר דעקימת פיו לא הוי מעשה דהא נוכל לומר דפסק ר"י כהך תנא דברייתא דאיתא בירושלמי וגם בבלי דהנהיגה במשיכה כו' אבל נלפענ"ד דהפירש בירושלמי דמשני תמן לדעתה היא מהלכת ברם הכא על כרחה היא מהלכת כך ;· דהתם לדעתה היא מהלכת ואין עושה הבהמה שום מעשה על ידי קלא אבל הכא ע"כ מהלכת ועושה הבהמה מעשה ע"י קלא והסברא הזאת נמצא בבבלי בתמורה (דף ג' ע"ב) אמר ר' יוחנן לתנא לא תתני מימר משום דבדיבורו עשה מעשה לפ"ז לא מוכח מהברייתא הזאת דעקימת פיו הוי מעשה רק היכי דבדיבורו עביד מעשה ור"י אמר בסתימות דעקימת פיו הוי מעשה ואינה מפורש דהטעם הוא משום דבדיבורו קעביד מעשה מוכח מזה

דעקימת פיו הוי מעשה אף היכי דלא קעביד בדיבורי מעשה והיכי פליג ר"י על ר"י הגלילי דסובר דעקימת פיו לא הוי מעשה אלא ודאי דסובר כר' ישמעאל דלאו שאין בו מעשה ולאו הניתק לעשה דאין לוקין הטעם הוא משום דבעינן דומיא דלאו דחסימה לפ"ז מוכח דר' ישמעאל סובר דעקימת פיו הוי מעשה דאל"כ לאו שאין בו מעשה יהיה חייב דהא גבי הלאו דחסימה נוכל להחסים אותה בקול לפ"ז אם עשה מעשה בעת שחסמה אותה ג"כ אין לוקין כדעת בעל החינוך · אלא ודאי דסובר דעקימת פיו הוי מעשה לפ"ז לא מצינו שיחסום אותה בלא מעשה · וכ"ת מנא ליה לר"י דר' ישמעאל ס"ל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו ומשום זה הוכיח דעקימת פיו הוי מעשה דלמא ר' ישמעאל ס"ל דלאו שאין בו מעשה חייב עליו לפ"ז לא מוכח מדר"י דעקימת פיו הוי מעשה · זה אינו דהא חזינן דפריך סתמא דגמרא במכות אליבא דר' ישמעאל אי הכי לאו שאין בו מעשה נמי · מוכח מזה דאין סברא דר' ישמעאל סובר לאו שאין בו מעשה חייב · וגם לא הקשה על דברינו מתמורה (דף ד' ע"ב) דאיתא התם כתנאי לא יותירו ממנו עד בוקר בא הכתוב ליתן עשה אחר ל"ת לומר שאין לוקין עליו דברי ר' יהודא ר' יעקב אומר לא מן השם הוא זה אלא משום דהוה לאו שאין בו מעשה וכל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו מכלל דר' יהודא סבר חייב עליו ורבי יעקב האי והנותר ממנו עד בוקר באש תשרופו למאי אתי מבעי ליה לכדתנן וכו' ואמר חזקי' וכן תנא דבי חזקי' מ"ט אמר קרא והנותר ממנו עד בוקר באש תשרופו בא הכתוב ליתן בוקר שני לשריפתו עכ"ל הגמרא · ולכאורה קשה לפי דברינו מאי פריך הגמרא ור' יעקב האי והנותר ממנו וכו' למאי אתי הא נוכל לומר דאף דלר' יעקב דס"ל דלאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו מ"מ בא הכתוב ליתן עשה היכי שעשה מעשה כגון ששבר עצם שיש בו מוח ואח"כ הותיר דעשה מעשה והוה אמינא דהיו לוקין בא הכתוב ליתן עשה שאין לוקין · דיכולין לתרץ דהא כתבו התוספות שם בד"ה ור' יעקב האי והנותר מאי עביד ליה וא"ת הא איצטריך להורות לנו דין שריפה וי"ל דמן הסמיכות קפריך למאי הלכתא כתבו הכא סמיך ללאו אי לאו לנתוקי אתא ליכתבי' במקום אחר ולכאורה קשה על דברי התוספות הא כתבו התוספות שם ד"ה וכל דלאו הניתק לעשה לא בעינן שיכתוב העשה סמוך ללאו אלא אפילו אם לא נכתב אצל הלאו ג"כ מקרי ניתק לעשה א"כ לפ"ז קשה גם לרב יהודא מה מלמדינו הסמיכות כדפריך הגמרא לר' יעקב וכ"ת דבלא הסמיכות לא ידעינן דבא הכתוב והנותר ליתן עשה דהוה אמרינן דבא לגופה להורות לנו דין שריפה דהא בהרבה מקומות גבי לאו הניתק לעשה העשה בא לגופה ללמדינו דין הנכתב בו כגון לאו דגזל מקרי לאו הניתק לעשה מדכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל עיין במכות (דף ט"ז ע"א) והפסוק והשיב את הגזילה וגו' מצריכין לכמה דברים עיין בב"ק (דף ס"ז ע"א) אמר ר' יוחנן וכו' אפילו הכי מקרי לאו הניתק לעשה לפ"ז ה"נ גבי והנותר אף דבא להורות לנו דין שריפה מ"מ ממילא ידעינן דמקרי לאו הניתק לעשה לפ"ז קשה מה מורה לנו הסמיכות אף לר' יהודא וה"ל להגמרא לפרוך גם לרבי יהודא האי והנותר וגו' למאי אתא כדפריך הגמרא לר' יעקב · וכדי לתרץ זאת אמרתי דלר' יהודא לא קשה כלל מה מלמדינו הסמיכות דר' יהודא לא דריש סמוכים כדאיתא ביבמות (דף ד' ע"א) ובסנהדרין (דף ס"ז ע"ב) אלא היכי דמוכח ומופנה הפסוק לפ"ז על רבי יהודא לא קשה כלל לכן פריך הגמרא אך לר' יעקב האי והנותר למאי אתא וכ"ת דגם ר' יעקב לא דריש סמוכים ומאי פריך הגמרא גם לר' יעקב · צריכין אנו לומר דהגמרא פריך את"ל דר' יעקב דריש סמוכים למאי אתי וכיון דכאמרתי דמאי דפריך הגמרא לר' יעקב האי והנותר למאי עביד ליה לאו קושיא אלימתא הוא רק כדרך את"ל לפ"ז לא קשה על דברינו מאי פריך הגמרא לר' יעקב הא נוכל לומר דבא הכתוב ליתן עשה היכי שעשה מעשה · דהגמרא פריך כאת"ל · ואיתא לדר' יוחנן דסובר דכל לאו שאין בו מעשה אף אם עשה מעשה אין לוקין עליו ולפי סברתי פריך הגמרא אלא לר' יעקב האי והנותר מאי עביד :

פרח יז אות ו

בזה הסברא יכולין לתרץ קושיות התוספות במכות (דף ד' ע"ב) ד"ה הא שהקשו על הערוך דפירש על הא דר"ע אומר המקיים כלאים חייב דהיינו שמניח אותו בסוף שדהו כשמלא זרועים אמאי היה לוקה הא הוה לאו שאין בו מעשה דמוכח מגמרא שם דלר"ע אית ליה לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו מנ"ל פירושו כיון דאיתא התם אלא אמר ר"ל גמר מעדים זוממים מה עדים זוממים לאו שאין בו מעשה חייבין עליו אף כל לאו שאין בו מעשה חייבין עליו מה לעדים זוממים וכו' מוצא שם רע יוכיח כו' מה להצד השוה שבהם שכן קנס הא לא קשיא ר' יהודא לא סבר לה כר"ע וכו' עכ"ל הגמרא פירש דר"ע סובר (בדף ב' ע"ב) דעדים זוממים דמשלמין קנסא הוא עד כאן · וכיון דר"ע סובר דעדים זוממים קנסא הוא ליכא למילף מעדים זוממים דלאו שאין בו מעשה חייבין עליו דהא נוכל למפרך דעדים זוממים קנסא הוא כדפריך הגמרא · לפ"ז ר"ע סובר דלאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו קשה אמאי אית ליה כל המקיים כלאים חייב דלפי פירש הערוך הא לאו שאין בו מעשה הוא · ולפי מה שכתבנו ניחא קושית התוספות על הערוך דלכאורה קשה על הגמרא דמכות שם מאי פריך מכלל דר"י סבר לאו שאין בו מעשה חייב עליו מנ"ל הא נוכל לומר דר' יהודא לומד ללאו שאין בו מעשה חייב עליו מדבא הכתוב והנותר ליתן עשה אחר ל"ת לומר שאין לוקין עליו מכלל דלאו שאין בו מעשה חייב דאי לאו הכי מאי צריכין העשה · וצריכין אנו לתרץ כיון דהתוספות כתבו בתמורה (דף ד') והבאתיו לעיל דלאו מיתורא דוהנותר פריך דאינו מיותר הקרא אלא מן הסמיכות קא פריך לר' יעקב ור' יהודה לא דריש סמוכים כדכתבתי לעיל מיבמות (דף ד') וגם מה שאמר ר' יהודא שבא הכתוב והנותר ליתן עשה אחר ל"ת אינם צריכין שום יתורא דקרא ולא סמיכות אלא ממילא ידעינן כיון דנכתב עשה בתורה ובארתי זאת היטב לעיל מתוספות תמורה (דף ד') משום הכי פריך הגמרא במכות שם מכלל דר' יהודא סבר לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו מנ"ל דלא מוכח מוהנותר שבא ליתן עשה אחר ל"ת שלאו שאין בו מעשה חייב עליו דהא הקרא דוהנותר אינו מיותר · דבא להורות לנו דין שריפה · וגם מהסמיכות לא נוכל ללמוד כיון דר' יהודא לא דריש סמוכים · לכן פריך הגמרא מנ"ל שלאו שאין בו מעשה חייב עליו וצריך הגמרא לומר אליביה דגמר מעדים זוממים אבל לר"ע דדריש סמוכים כדאיתא ביבמות (דף מ"ע ע"א) ובכמה מקומות לומד דהלאו שאין בו מעשה חייב עליו מן הסמיכות דאי לאו הכי למאי סמכי רחמנא אלא בא הכתוב ליתן עשה אחר ל"ת לומר שאין לוקין עליו מכלל דלאו שאין בו מעשה חייב וכ"ת מנא ידעינן בוקר שני לשריפתו · יש ליישב זה בשני דרכים אחד דר"ע דריש ווין כדאיתא בסנהדרין פ' ארבע מיתות (דף נ"א ע"ב) ישמעאל אתי בת ובת תני דורש וביבמות (דף ס"ח ע"ב) כמאן כר"ע דדריש ווין וגם איתא שם (בדף ע"ב ע"ב) דהפסוק והנותר מיותר ולו והא · ולפ"ז ניחא דמוכח מקרא דוהנותר שלשה דרשות למידרש מיניה נגד מה שמורה גבי דין שריפה מהא דמיותר ולו וגם הא · וגם הסמיכות · מאחר דריש לאו שאין בו מעשה חייב עליו וא"ל דאינו בא אלא היכי שעשה מעשה דחייבין כגון ששבר עצם שיש בו מוח כדכתבתי לעיל דהא כבר כתבנו דלר' יוחנן דאם נאמר לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו אפילו עשה מעשה אין לוקין וכל דברינו אליביה דר' יוחנן קאמרינן · ושנית ליתן בוקר שני לשריפתו · והשלישית הנותר שלא בזמנו נשרף בין ביום בין בלילה כדאמרינן התם וביבמות (דף ע"ב) שם דה"ל כר'

יוחנן

יוחנן הכי שהודה לר' אליעזר · שנית יש לתרץ דר"ע אזיל לשיטתו שסובר בשבת (דף קי"ד ע"א) א"ר כו' ר"ע אומר עולת שבת בשבתו למוד על חלבי שבת שקריבין ביו"ט עכ"ל הגמרא ומדמצרכינן קרא למשרי עולת שבת ביו"ט מזה מוכח דעולת חול ביו"ט אסור דסבר נדרים ונדבות אין קריבין ביו"ט כן איתא שם בהדיא בגמרא לפ"ז ידעינן דאין שורפין קדשי' ביו"ט כדיליף אביי בשבת (דף כ"ד) עיי"ש בתוספות ד"ה ולא · והטעם בזה משום דאפשר להקריב הנדרים ונדבות בחול לכן לא דחי יו"ט ה"ה מכשירין שאפשר לעשותן מע"ש ג"כ לא דחי דהא אפשר לעשותן מע"ש · העולה מדברינו דר' יוחנן דאמר אם נקצר שלא כמצותו כשר בדיעבד לא דחי את השבת אזיל לשיטתו דסובר דלאו שאין בו מעשה חייבין עליו לפ"ז בא הכתוב והנותר ליתן בוקר שני דלא נוכל לומר דבא להיכא שעשה מעשה כגון ששרף עלה שיש בו מות ואח"כ הותיר המות לא נוכל לומר כן · חדא דמוכח מסנהדרין (דף ס"ה) דהיכי שעשה מעשה בהיתר לא מקרי מעשה · שנית דמוכח מב"מ (דף צ"א) דר' יוחנן סובר דלאו שאין בו מעשה אפילו עשה מעשה אינו לוקין לפי זה הנותר בא ליתן בוקר שני לשריפתו משום דיכול להמתין עד למחר לפרוק כדכתב התוספות ביבמות הטעם · מזה מוכח דאם נקצר שלא כמצותו כשר בדיעבד ג"כ לא דחי שבת והכל בארתי לעיל באריכות אבל הרמב"ם פסק כרב אבי דס"ל בשבת (דף כ"ד) הא דאין שורפין קדשים ביו"ט משום דיו"ט עשה ול"ת הוא ולדידיה בא הכתוב והנותר להיכי שעשה מעשה כגון ששרף עלה שיש בו מות ואח"כ הותיר אף שהמעשה היתה בהיתר אזיל לשיטתו דסובר בשבועות (דף י"ז ע"א) לפי דעת המשנה למלך בפ' ג' מהלכות ביאת מקדש אף היכי שעשה מעשה בהיתר מקרי מעשה והיו לוקין עליו לכן פסק הרמב"ם דאף אם נקצר שלא כמצותו כשר בדיעבד מ"מ דחי את השבת ועיין לעיל באר היטיב · ולפענ"ד יש להביא ראיה לדעת הרמב"ם מן הירושלמי דקדושין (פרק א' הלכה ז') א"ר אלעזר פיסחן של נשים רשות ודוחין עליו את השבת רבי יעקב בר אחא בשם רבי לעזר פיסחן של נשים ושל עבדים רשות כ"ש דוחין עליו את השבת כו' עכ"ל הירושלמי · ופירש המפרש בתמיה והרא"ש כתב בפ"ק דעירובין ס' ד' שהכלל בירושלמי לפסוק כמ"ד שהזכיר תחלה דכיון שהזכיר קודם היה גדול והלכתא כוותיה לפ"ז אף דפיסחן של נשים רשות דוחה את השבת כיון שיש צורך מצוה קצת כ"ש גבי עומר אף דנקצר שלא כמצותו כשר בדיעבד מ"מ כיון דלכתחלה מצוה לקצור כמצותו דחי את השבת וכ"ת פסח שאני דמצינו שם של פסח דהיינו של אנשים דוחה את השבת לכן דוחה אף של נשים אף שהוא רק רשות וכזה הסברא מצינו בתוספות שבת (דף כ' ע"א) בד"ה למשרי וריב"א מסתפק בשאר קרבנות כשמעלה בהן את האור אם נעשו כלחמו של מזבח למשריגהו בשבת אי לאו דדלמא דוקא בתמיד מהני האי טעמא משום דשם תמיד דוחה את השבת עכ"ל התוספות לא נוכל לומר כן דהא גבי עומר שקרבנו דחי שבת אליביה דכו"ע ה"ה גבי קצירה אף שנקצר שלא כמצותו כשר בדיעבד מ"מ כיון דלכתחלה מצוה לקצור כמצותו דחי את השבת · ובזה מיושב קושיות הש"ך על הרמב"ם בטוב טעם · וצ"ל הא דכתבנו לעיל דלרב אשי אף אם המעשה היתה בהיתר מקרי מעשה אף שס"ל דלאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו ור' יוחנן ס"ל דכל לאו שאין בו מעשה אף אם עשה מעשה אין לוקין עליו כ"ל דטעם פלוגתתן משום דר"י ס"ל כיון דלאו שאין בו מעשה הוא לא בא אזהרתו למלקות לכן אף אם עשה מעשה בלאו שאין בו מעשה ג"כ אינו לוקה ורב אשי ס"ל הא דאין לוקין בלאו שאין בו מעשה משום דלא עשה מעשה אבל אם עשה מעשה חייבין ולפ"ז ר' יוחנן אזיל לשיטתו :

פרח יז אות ז

דהנה התוספות בשבת (דף קנ"ד ע"א) הקשה על הא דאמר ר' יוחנן המחמר אחר בהמתו בשבת פטור מכלום וכו' ולאו נמי לא מחייב דה"ל שניתן לאזהרת לאו מב"ד וכל לאו שניתן לאזהרת*) מיתת ב"ד אין חייבין עליו ופירש"י דשאר מלאכות דשבת דחייבין עליהן מיתה נמי מהאי קרא נפקא להו אזהרה הלכך לאזהרות מב"ד ניתנו והקשו על זה בתוספות ד"ה ולאו וכו' תימא לר"י מה בכך מ"מ חייב על לאו דלא תעשה כל מלאכה דכיון שבא להזהיר על מחמר ובמחמר ליכא מיתה אע"פ שבא להזהיר נמי על שאר מלאכות דשייך בהו מיתה מ"מ יש לו ללקות כדאשכחן בב"ק (דף ע"ד ע"ב ושם) דפליגי ר' יוחנן ור"ל התם בעדים שהוכחשו בנפש ולבסוף הוזמו דחד אמר היו נהרגין וחד אמר לא היו נהרגין ואמרינן נמי תסתיים דר"ל דאמר אין נהרגין דאמר ר"ל עדים שהוכחשו בנפש חייב ואי ס"ד ר"ל דאמר נהרגין אמאי לוקין הוה ליה לאו שניתן לאזהרות מב"ד אלא ש"מ ר"ל דאמר אין נהרגין תסתיים אלמא משום דאין נהרגין כשהוכחשו בתחלה חייבין ואע"ג דבעלמא ניתן לאו דלא תענה לאזהרת מב"ד היכא דהוזמו תחילה עכ"ל התוספות · ונראה לפענ"ד לתרץ קושיות התוספות דלפי מה שכתבנו דלר' יוחנן לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו אפילו עשה מעשה משום דאינו נכתב אזהרתו למלקות משו"ה ה"ל גבי לאו דמחמר דאין לוקין דהוה ליה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אע"ג דגבי מחמר ליכא מיתה מ"מ אין לוקין כי בזה הלאו דמחמר נכלל ג"כ שארי מלאכות שחייבין עליו מיתת ב"ד ולא נכתב אזהרתו למלקות ואזיל לשיטתו כמו שסובר גבי לאו שאין בו מעשה דאין לוקין אף אם עשה מעשה כיון דלא ניתן אזהרתו למלקות אף שר"א ס"ל בב"ק דעדים שהוכחשו בנפש לוקין משום דגבי הכחשה ליכא מיתה אף על גב דאזהרתו מלא תענה וניתן אזהרתו למיתת ב"ד היכא דהוזמו תחילה הוא סובר כרב אשי דאמר לאו שאין בו מעשה אם עשה בו מעשה לוקין דלא אמרינן דלא ניתן אזהרתו למלקות וסבירא להו היכא דשייך ללקות כגון שעשה מעשה בלאו שאין בו מעשה או גבי לאו שניתן לאזהרות מיתת ב"ד ולא שייך בזה עבירה שעשה מיתת ב"ד כגון שהוכחשו חייבין מלקות · ובזה ניחא דברי הרמב"ם שכתב בהלכות שבת (בפ' כ' הלכה א') אסור להוליך משא כו' ולפיכך המחמר אחר בהמתו בשבת והיה עליה משא פטור עוד איתא שם הלכה ב' והלא לאו מפורש בתורה שנאמר לא תעשה כל מלאכה אתה ובהמתך ובתך ועבדך ואמתך ובהמתך שלא יחרוש בה וכיוצא בחרישה נמצא לאו שניתן לאזהרות מיתת ב"ד ואין לוקין עליו עכ"ל והביא הרב המגיד שם בשם הרמב"ן שסובר בדעת הרמב"ם שאין במחמר לאו כלל שלא תעשה כל מלאכה לא בא אלא למלאכות שהיו חייבין עליהן מיתה כגון חרישה והקשה עליו בזה עכ"ל הרב המגיד בשם הרמב"ן ולא ביאר הקושיא ונראה שקשה להרמב"ן על הרמב"ם מדאמרינן בגמרא בלאו נמי לא מחייב דהוה לאו שניתן על אזהרות מיתת ב"ד משמע דלאו איכא אלא דאין לוקין משום דהוה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד · ולפי מה שכתבנו ניחא דהרמב"ם מוכרח לסבור שגבי מחמר ליכא לאו דאי איכא לאו והא דאין לוקין דהוה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד יהי' קשה על זה קושיות התוספות מבבא קמא · דהיכי דליכא מיתה היו לוקין ומה שתירצנו דר' יוחנן אזיל לשיטתו דסובר דלאו שאין בו מעשה אף אם עשה מעשה אין לוקין משום דלא ניתן אזהרתו למלקות וה"נ גבי לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד סבירא ליה לר' יוחנן דאין לוקין אף היכא דליכא מיתה משום דלא ניתן אזהרתו למלקות · אבל לפי דעת הרמב"ם דכיון דפסק ב"פ שלישי מהלכות יו"ט דיו"ט עשה ול"ת הוא וגם פסק בהלכות סנהדרין פ' י"ח דלאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו מזה מוכח דבא הכתוב והנותר ליתן עשה אחר ל"ת היכא שעשה מעשה בנותר כגון ששרף עלה שיש בו מות ואח"כ הותיר כדכתבנו לעיל באר היטיב · והוה אמינא דלוקין · בא הכתוב ליתן עשה אחר ל"ת לומר שאין לוקין מוכח מזה דדעת הרמב"ם דכל לאו שאין בו מעשה אם עשה בה מעשה לוקין דלא אמרינן דלא ניתן אזהרתו למלקות לפ"ז מוכרח לסבור הרמב"ם דגבי מחמר ליכא לאו דאם היה בו לאו אף דנכלל בו שאר מלאכות שחייבין

*) בפלפול כזה אבר אנכי מלי"ג פה בספרי בדיני אזהרות מיתת ב"ד ומלקות · היינו בימי הסנהדרין שהיה דנין כל אלה ולא בזמה"ז .

שהייבין עליה מיתה וה״ל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב״ד אפ״ה יהי׳ לוקין כיון דגבי מחמר ליכא מיתה דלא אמרינן דלא ניתן אזהרתו למלקות כמו דלא אמרינן גבי לאו שאין בו מעשה אם עשה מעשה דלוקין [ושאני זה מכל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב״ד שאין לוקין וכדפסק הרמב״ם היכא שיש בו עונש מיתה ודו״ק] ומה שקשה על הרמב״ם דמגמרא משמע דאיכא לאו גבי מחמר אלא דאין לוקין משום דהוה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב״ד ולפענ״ד לא קשה כלל · דהא לכאורה יש להקשות על הגמרא כיון דסובר ר׳ יוחנן דמחמר אחר בהמתו בשבת פטור ממיתה ומחטאת לא ס״ל הסיקא דרמי בר חמא בהמתו דומיא דידיה דכתיב לא תעשה כל מלאכה אתה ובהמתך עיי״ש בגמרא וכיון דלא ס״ל לר׳ יוחנן הסיקא מוכח מזה דלאו נמי ליכא גבי מחמר דהא נכתוב בתורה במות כ׳ לא תעשה כל מלאכה אתה ובנך ובתך עבדך ואמתך ובהמתך ובודאי אין הכא חייב מלקות אם עבר בנו או בתו על אזהרות שמוזהרין עליהן בשבת · ובודאי לא תעשה כל מלאכה לא קאי אתיבת אתה דהיי׳ מוזהר על הכל וכיון דלא קאי תיבת אתה שיהי׳ מוזהר שלא יעברו בנו או בתו על אזהרת שבת בודאי גם אינו מוזהר על בהמתו כיון דבהמתו נכתב אחר בנך ובתך רק רמי בר חמא סובר דבבלמא בנו או בתו הנכתב בפסוק המה בעצמם מוזהרין על חילול שבת אבל בהמתך אי לא קאי על תיבת אתה למאן אזהיר רחמנא אלא בודאי קאי על תיבת אתה לכן אמר בהמתו דומיא דידיה מה הוא בשוגג חייב חטאת במזיד היה חייב סקילה אף בהמתו נמי בשוגג חייב חטאת במזיד היה חייב סקילה אבל לר׳ יוחנן בודאי לא קאי תיבת אתה על בהמתך כיון דס״ל דמחמר פטור מכלום ואם איתא דקאי תיבת אתה על בהמתך אין סברא למפלגינהו כיון דכללן התורה בתיבה אחת בתיבת אתה אין סברא שיהי׳ ממקלא הדבר חייב כגון שהוא עובר במזיד ועל מקלת הדבר אינו חייב כגון מחמר ובודאי שזה עדיפא מהא דאמר ר׳ יוחנן הטעם דבשוגג לא מחייב חטאת גבי מחמר דהוקשו כל התורה כולה לעכו״ם תורה אחת יהי׳ לכם לעושה בשגגה והנפש אשר תעשה ביד רמה וכיון דפטור מחטאת עיי״ש בגמ׳ א״כ לא קאי תיבת אתה על בהמתך בודאי בלאו נמי לא מחייב כמו דלא מחייב הוא אם עובר בנו או בתו דנכתב מקודם בקרא כמ״כ דלא מחייב על בהמתך דכתיב בסיפא דקרא וכ״ת למאי נכתב בהמתך בתורה למאן אזהיר רחמנא כיון דלא קאי אתיבת אתה י״ל דהפירש בהפסוק לא תעשה כל מלאכה אתה וגו׳ ובהמתך כדפירש הרמב״ם בהלכה ב׳ והבאתי לעיל לשון הרמב״ם · לפ״ז לכאורה קשה למאי צריך לומר ר׳ יוחנן בלאו נמי לא מחייב דהוה ליה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב״ד הא בלאו הכי לא מחייב בלאו כיון דלא קאי תיבת אתה אבהמתך לר׳ יוחנן והפירש בהפסוק הוא כדפירש הרמב״ם · וצריכין אנו לומר דמה שאמר ר׳ יוחנן הטעם דהוה ליה לאו וכו׳ הוא כמו ולטעמך דאפילו תימא דקאי תיבת אתה אבהמתך כדסובר רמי בר חמא אפ״ה בלאו לא מחייב דהוה לאו שניתן לאזהרת וכו׳ אבל לדידיה לא צריכין לטעם הזאת דבלאו הכי לא מחייב בלאו כדכתבתי:

ולפענ״ד בגם סוף דברי ר״י מוכח דלדידיה בלאו הכי ניחא דאמר אפילו למאן דאמר לאו שניתן לאזהרת מיתת ב״ד לוקין עליו נכתוב רחמנא לא תעשה כל מלאכה ובהמתך אתה למה לי · הוא ניהו דמחייב בהמתו לא מחייב דמשמע מזה דלדידיה מוכח מן הקרא דלא קאי תיבה אתה אבהמתך ומה שאמר הטעמים דלעיל אמר זאת רק אליבא דרמי בר חמא לכן ניחא דהרמב״ם פסק כר״י דמחמר בלאו נמי לא מחייב אף מה שאמר ר׳ יוחנן הטעם משום דהוה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב״ד צריכין אנו לומר דאזיל לשיטתו דסובר דלאו שאין בו מעשה אף אם עשה מעשה לא היו לוקין דלא ניתן אזהרתו למלקות משום זה גבי לאו דמחמר אף שאינו מחייב מיתה מ״מ אינו מחייב מלקות

דכיון דנכלל בזה אזהרה גם חייבי מיתות לא ניתן אזהרתו למלקות: אבל הרמב״ם שס״ל דבא הכתוב והגותר להיכא שעשה מעשה ליתן עשה אחר ל״ת לומר שאין לוקין דכיון שעשה מעשה אף דעל פי רוב ליכא מעשה גבי נותר כדקרי הגמרא בכמה מקומות דנותר לאו שאין בו מעשה הוא מ״מ היכא שעשה מעשה היו לוקין דלא אמרינן דלא ניתן אזהרתו למלקות וה״נ גבי לאו דמחמר היו מחייבין מלקות לכאורה לפי שיטת הרמב״ם דאף דנכלל באזהרתו חייבי מיתת ב״ד מ״מ היו מחייבין מלקות גבי מחמר כיון דליכא מיתה גביה ולמה פסק הרמב״ם דבמחמר ליכא מלקות ולא נוכל לתרץ דדעת הרמב״ם כדמסיק ר׳ יוחנן בסוף דבריו דאפילו למאן דאמר לאו שניתן לאזהרת מיתת ב״ד חייבין עליו לכתוב רחמנא לא תעשה כל מלאכה ובהמתך אתה למה לי · הוא ניהו דמחייב בהמתו לא מחייב מש״ה פוסק הרמב״ם דלא מחייב מלקות משום דכתיב אתה · הוא ניהו דמחייב וכו׳ · זה אינו דבשלמא למ״ד לאו שניתן לאזהרת וכו׳ היו לוקין נוכל לומר כיון דכתיב אתה בא למעט הוא ניהו דמחייב אבל לא בהמתך אבל למ״ד אין לוקין וכדפסק הרמב״ם פרק י״ח מהלכות סנהדרין לא נוכל לומר דאתה בא למעט דבהמתך פטור ממלקות כיון דגם הוא פטור ממלקות משום דהוה לאו שניתן לאזהרת וכו׳ תו לא נוכל לומר דתיבת אתה בא למעט מחמר דמה מיעוט הוא כיון דגם הוא פטור ממלקות לפ״ז נשאר לנו ליישב מפני מה פוסק הרמב״ם דלא מחייב מלקות גבי מחמר כיון דפוסק דלאו שאין בו מעשה אם עשה מעשה היו לוקין אבל לפי מה שכתבו דר׳ יוחנן אמר זאת הטעמים רק לפי דברי רמי בר חמא או לשאר אמוראים אבל לר׳ יוחנן בלאו הכי פטור ממלקות גבי מחמר דכיון דסובר ר״י דפטור מחטאת א״כ לא ס״ל הא דרמי בר חמא בהמתו דומיא דידיה וכו׳ · דלא קאי תיבת בהמתך אאתה לכן אפילו לאו ליכא והפירש בהפסוק לא תעשה כל מלאכה אתה וגו׳ הפירש כדברי הרמב״ם לכן לפי מאי דסובר הרמב״ם דאף לאו שאין בו מעשה אם עשה מעשה היו לוקין עליו דפוסק כרב אבי כדכתבתי לעיל · לכן פסק הרמב״ם גבי מחמר דפטור ממלקות ולא תקשה לך על רב אבי דסובר אף דלאו שאין בו מעשה אין לוקין מ״מ היכא שעשה מעשה היו לוקין עליו וכוותיה פסק הרמב״ם כדכתבתי מהא דאיתא בעירובין (דף י״ז ע״ב) על הא דתני ר׳ חייא לוקין על ערובי תחומין דבר תורה כו׳ ר׳ יוחנן הכי קא קשיא ליה לאו שניתן לאזהרת וכו׳ וכל לאו שניתן לאזהרת וכו׳ אין לוקין עליו אמר רב אבי מי כתיב אל יוצא אל יצא כתיב עכ״ל הגמרא ופירשו התוספות בד״ה לאו וכו׳ דסובר ר׳ יוחנן אפילו למ״ד התומין דאורייתא לא לקי דכיון דמהאי קרא נמי נפקא לן איסור הוצאה דהוי מיתת ב״ד ורב אבי משני מי כתיב אל יוצא דהוי עיקר קרא בהוצאה דאז ודאי לא הוי לוקין עליו אע״ג דלתחומין נמי אתי אל יצא כתיב וכיון דעיקרו בלשון יציאה היו לוקין עליו אע״ג דאתי נמי לאיסור הוצאה עכ״ל לכאורה קשה דמשמע מרב אבי לפי פירש התוספות דאם לא היה עיקר קרא לתחומין לא לקי מפני שנכלל בזה הלאו דהוצאה היו חייבין עליה מיתה ב״ד ולא ניתן אזהרתו למלקות · וגבי לאו שאין בו מעשה אב עשה בו מעשה ס״ל לרב אבי דהיו לוקין ולא אמרינן שלא שניתן אזהרתו למלקות ולפי דברינו תלוי הא בהא · ונוכל לומר דלרב אבי ה״ה אף אם לא בא עיקר קרא לתחומין ג״כ היה לקי רק הוא בא להוציא מסברת ר׳ יוחנן דלדידיה עיקר קרא להוצאה אתי ומפני זה לא ניתן אזהרתו למלקות כיון דעיקר קרא לא מיירי בהכי אבל גבי לאו שאין בו מעשה אם עשה מעשה היו לוקין דקאי אזהרתו על כל האופנים שלא יעבור הן אם יעשה המעשה כשיעבור הלאו הזה היה חייב מלקות והן אם לא יעשה מעשה יעבור בידי שמים בעבר על הומר עבירה שיש בה לאו לכן ס״ל לרב אבי דהיו לוקין עם עשה מעשה וכ״ת כאן כתבו נמי״ל דהרמב״ם דפסק דנקנר שלא כמנהו כשר בדיעבד אפ״ה סובר דקלירת העומר דחי שבת דפוסק כרב אבי דס״ל דהא אם יש איזה אופן שיהיה מותר בדיעבד ולא ידחה את היו״ט

ומ"מ כיון דלכתחלה מצוה לשרוף מיד כשנטמאה אי לאו הוה יו"ט עשה ול"ת הוה דחי יו"ט וה"נ דחי קצירת העומר את השבת. אף דכבר בדיעבד שלא כמצותו הא ר' יוחנן הוכיח זאת ממנחות (דף ע"ב) מר"א ב"ר שמעון דאם נקצר שלא כמצותו כשר בדיעבד אינה דוחה את השבת לכן סובר מדדחי שבת ש"מ נקצר שלא כמצותו פסול אף דיעבד דאי לא תימא כן מאי טעמא דר"א ב"ר שמעון מנ"ל דנקצר שלא כמצותו פסול בדיעבד ואיך נוכל לומר דרב אשי דהוא אמורא יפלוג על תנא דר"א ב"ר שמעון י"ל דרב אשי פסק כר"ש בן גמליאל דסובר בשבת (דף קל"ה ע"ב) דאיתא שם תניא ר"ש בן גמליאל אומר כל ששהה שלשים יום באדם אינו נפל שנאמר ופדויו מבן חדש תפדה שמנת ימים בבהמה אינו נפל שנאמר ומיום השמיני והלאה ירצה לקרבן וגו' וכו' עכ"ל הגמרא ולפי פירש"י בב"ק (דף י"א ע"ב) על הא דאמר עולא אמר ר"א בכור שנטרף בתוך למד אין פודין אותו פירש"י שנהרג ・ ובמת מעצמו לא אצטריך קרא לאשמעינן דאין פודין דהא כתיב ופדויו מבן חדש תפדה אבל נהרג אצטריך לאשמעינן דלא אמרינן הי לאו דאיקטיל הוי הי ולא נפל הוי ולפריקיה ע"כ וכתבו התוספות על זה בד"ה בכור משמע מדבריו דאם קים לן בגויה דכלו לו חדשיו וחי הוא חייב לפדות אף אם מת בתוך שלשים נמצא לפ"ז דמה שאמרה התורה ופדויו מבן חדש תפדה אם נפדה בדיעבד בתוך שלשים בנו פדוי דהא חזינן דחי אחר שלשים וה"נ לאו נפל הוא דכלו לו חדשיו ומכ"ש הא דכתיב בתורה בן שמונת ימים ימול אם מלו קודם ג"כ אין צריך לחזור ולמול דהא מצינו גבי מילה בפרק ר"א דמילה (בדף קל"ה) ליליד בית ומקנת כסף שנמולים לאחד הלכך אפילו נמלים לשמונה אם עבר ומלן בתוך זמנן כשר כיון דמצינו שמצותה נוהג אף בתוך הזמן וזה הראיה הביא השאגת אריה בס' כ"ב עיי"ש וכיון דמצינו דר"ש בן גמליאל סובר דאף אם מל בתוך שמונה ימים אין צריך להחזיר ולמול מ"מ מילה דוחה את השבת אם חל שמיני שלו בשבת לכן סובר רב אשי אף אם נקצר שלא כמצותו כשר בדיעבד מ"מ דחי את השבת כיון דלכתחלה מצוה לקצור כמצותן ・ וכ"ת דלא נוכל לפרש כפירש"י דב"ק (דף י"א ע"ב) הנ"ל דהא הקשו התוספות על רש"י שם דבפרק יש בכור (דף מ"ט) אמר גבי פודה בנו תוך ל' יום ונתאכלו המעות לאחר זמן אין בנו פדוי ואמאי והלא איגלאי מילתא למפרע הוא דלא נפל הוא אלא ודאי גזרת הכתוב היא ופדויו מבן חדש תפדה דאפילו קים לן שכלו חדשיו צריך ל' יום וכו' עכ"ל דנלפענ"ד לתרץ קושיות התוספות על רש"י דרב ושמואל סוברים כהך תנא דאיתא בבכורות (דף י"ב ע"ב) תנן התם הערכין בשעתן ופדיון הבן אחר שלשים יום פדיון פטר חמור לאלתר כו' עכ"ל הגמרא מוכח שם גבי דיעבד אם נפדו בתוך שלשים יום צריך לפדות אחר שלשים יום שנית דגזירת הכתוב הוא דלאחר שלשים דוקא ולא קודם לכן אבל ר"ש בן גמליאל פליג על זה וסובר דאם נפדו בתוך שלשים יום בנו פדוי וכ"ת האיך נוכל לומר דהרמב"ם פסק כרב אשי דסובר כר"ש בן גמליאל דאם נפדה בתוך שלשים יום בנו פדוי הא קיי"ל כרב ושמואל דאין בנו פדוי וכוותייהו פסק הרמב"ם בפ' י"א מהלכות בכורים (וביו"ד ס' ש"ה סעיף י"ג) נוכל לומר דלא קיי"ל כר"ש בן גמליאל בכולה מילתא רק רב אשי פסק כוותיה דבמילה אם נמול תוך ח' יום כשר בדיעבד דיש נמולין ליום אחד כגון יליד בית וכיון שמצותו נוהג בתוך שמונה לכן אף הנימולים לשמונה אם מלן קודם כשר בדיעבד אבל גבי פדיון הבן דלא מצינו שיהיה מצותו נוהג בתוך שלשים יום רק כולן נפדין לאחר שלשים בזה סובר גם רב אשי דלא קיי"ל כוותיה דר"ש בן גמליאל בהא אלא כהך תנא דבכורות שהבאתי לעיל וכרב ושמואל דאף בדיעבד אם פדה בתוך ל' יום צריך לחזור ולפדותו ・ לפ"ז ניחא הא דפסק הרמ"א (ביו"ד רס"ב סעיף א') כהרא"ש פרק ר"א דמילה וכרשב"א דאם עבר ומל תוך ח' ימים כשירה בדיעבד ולא קשה על זה ממנחות מה שהקשה הש"ך שם דהמה פוסקים כרב אשי דפוסק כר"ש בן גמליאל דסובר אם מל בתוך ח' יום יצא אפ"ה דחי את השבת כיון דלכתחלה מצוה למול לשמונה ולעיל הבאתי ראיה מירושלמי דאף אם יש איזה אופן שלא ידחה את השבת מ"מ כיון דלכתחלה בעינן כמצותו דחי את השבת וכיון שהוכחתי דהרמב"ם והרא"ש והרשב"א והרמ"א מפרשים הא דאמר ר"ש בן גמליאל כל ששהה למ"ד יום באדם אינו נפל שנאמר ופדויו מבן חדש תפדה אבל קודם לכן לא יוכל לפדותו משום שמא נפל הוא אף דרובן אינם נפלים עיין בתוספות (יבמות דף קי"ט ע"א) ד"ה מחברתא וגם איתא בכמה דוכתא מ"מ אין הולכין אחר הרוב כיון דאיתא חזקת ממון כנגד הרוב דע"י הרוב יצא דמי הפדיון בנו מאתו לכן לא אזלינן בתר רובא ונשאר הממון ביד הבעלים ・ לפ"ז מוכח מן התורה אליבא דר"ש בן גמליאל דלא אזלינן בתר רובא היכא דאיכא חזקת ממון כנגדה ・ לפ"ז ניחא מה דהקשו התוספות (בבכורות דף כ' ע"ב) ד"ה חלב דר"ש בן גמליאל אדר"ש בן גמליאל דאמר כל ששהה שלשים יום באדם לאו נפל הוה הא לא שהה ספיקא הוי ומפרש אם לאו כלומר אפילו נפל מן הגג או אכלו ארי הלמא חייב למיעוט נפלים וברים כל הפסילים לא חיים למיעוט ・ ולפי דברינו ניחא לעולם אימא דר"ש בן גמליאל אזיל בתר רובא והא דאין פודין תוך ל' יום היינו משום דיש נגד הרוב חזקת ממון כדכתבתי מכיון דלא אזלינן אחר הרוב גבי אדם לא אזלינן גם בבהמה בתר רובא כדכתב התוספות שם ובכמה מקומות ・ אך אין לנו ראיה מן התורה ・ דלא אזלינן בממון בתר רובא רק היכא דאיכא חזקת ממון כנגדה דהך חזקה אלים יותר משאר חזקות כדכתבתי לעיל ・ אבל אם יש כנגד הרוב שאר חזקות כגון חזקת מרא קמא בזה אין לנו ראיה מן התורה ואדרבא אמרינן כמו דאזלינן באיסורין בתר רובא אף היכא דאיכא חזקה כנגדה כן אזלינן גם בממון בתר רובא אף דאיכא חזקת מרא קמא כנגדה דלא אלים חזקה זו משאר חזקות מחזקת טבל וחזקת טמא כדכתבתי לעיל דאזלינן בהו בתר רובא :

ולכן אם קרקע בחזקת בעליה עומדת הוא רק נקרא חזקת מרא קמא כמו שכתב הגאון רע"א הנ"ל אם יש רוב כנגדה אזלינן בתר רובא ולפי מה שכתבתי דקרקע בחזקת בעליה עומדת נקרא חזקת המוחזק אם יש רוב כנגדה לא אזלינן בתר רובא ומשכחת לה כמו שכתבתי לעיל בריש הפרה כגון במוכר פירה וכו' ואל תשיבנו מדברי הנ"י שס"ל בריש פ' הפרה דע"כ לא פליג סומכוס וס"ל דחולקין אלא בעומדת באגם אבל היכא שעומדת בבית בעליו לא אמר סומכוס דחולקין רק הדין המוציא מחבירו עליו הראיה ובפרק השואל דאיתא שם במשנה מעשה בצפורי באחד שמכר מרחץ מחבירו בשנים עשר זהובים לשנה מדינר זהב לחודש ובא מעשה לפני רשב"ג ולפני ר' יוסי ואמרו יחלקו את חודש העיבור ואמר רב נחמן בגמרא הדין דמשלם למשכיר עבור כל החודש העיבור משום דקרקע בחזקת בעלה עומדת וכתב על זה הנ"י הא מבואר במתניתין דיחלקו ואיך פליג על זה רב נחמן ותירץ דלדידיה מתניתין אתיא כסומכוס דאית ליה בכל ספק דחולקין אבל ר"נ סובר כרבנן דפליגי עליה דסומכוס דאמרי אוקי ממונא בחזקת מרא עכ"ל ・ וא"כ מוכח מדברי הנ"י דקרקע בחזקת בעליה עומדת מקרי רק חזקת מרא קמא דאי נקרא חזקת המוחזק איך כתב הנ"י דרב נחמן אית ליה דמתניתין אתיא כסומכוס ומש"ה יחלקו דהא כבר כתב הנ"י בריש הפרה דאם אחד מוחזק לא אמר סומכוס חולקין רק המוציא מחבירו עליו הראיה אלא ע"כ דחזקת קרקע בחזקת בעליה עומדת מקרי רק חזקת מרא קמא ומש"ה אתי שפיר הא דכתב הנ"י דמתניתין אתיא כסומכוס דחולקין ・ ואין לתרץ שלעולם גבי בר שעיא נקראת הקרקע בחזקת בעליה עומדת חזקת המוחזק ・ אבל הכא גבי המשכיר בית לחבירו שנולד ספק לנו בהשכירות ויש למשכיר חזקת קרקע דבחזקת בעליה עומדת ・ היא נקראת רק חזקת מרא קמא לפי מה שכתב הבעל מחנה אפרים בהלכות שכירות ס' ה' דדעת הרא"ש והרשב"א ומהר"ם והריטב"א והרמב"ם דשכירות ליומי ממכר הוא ומה שכתבו התוספות בפרק הזהב דדוקא לענין אונאה הוא דהוה הכי אבל בעלמא לא אמרינן

שכירות

שכירות ליומי ממכר הוא דהא אמרינן בפ"ק דע"א דהכא בשכר פרה מישראל לא יאכילנה תרומה משום דשכירות לא קניא איכא למדחי ולומר דלעולם אימא לך דשכירות ליומי ממכר הוא לקנין פירות וביתו קרינן ליה כל זמן שהיא בהורה אצלו · ומצי להקדישה כדאיתא בתוספות ערכין (דף כ"ב) ואעפ"כ לענין תרומה לא מצי להאכילה משום דכספו המיוחד לו בעינן כדאיתא בפ' החובל עכ"ל · ולפ"ז גבי נידן דידן אף שיש להמשכיר חזקת קרקע בחזקת בעליה עומדת הוא נקראת רק חזקת מרא קמא כיון דשכירות ליומי ממכר הוא ומקרי השוכר מוחזק קצת · אבל זה אינו אמת דהא דאמרינן שכירות ליומי ממכר הוא היינו בכל ימי השכירות מכור הוא אבל היכא שנולד לנו ספק כמו בנידן דידן אם חודש העיבור נכלל בהשכירות או לא בזה לא מקרי השוכר מוחזק כלל והסברא נותנת כן כיון דאפשר דכלתה זמן השכירות תיכף הוזרת למשכיר ואין לו עליה שום רשות כלל דיהיה נקרא מוחזק קצת · וזה ודאי אין הדעת סובלת לומר כיון דהיתה מושכרת לו מכבר מחמת זה אף לאחר שכלתה זמן השכירות יהיה מקרי מוחזק קצת זה ודאי אינו · וגדולה מזו שהרמב"ם דפסק דלא כרבא שס"ל בסוף פ' השואל (דף ק"ג ע"א) האי מאן דאמר ליה לחבריה אוגרן מרה למירפק ביה האי פרדיסא כו' פרדיסי רפיק ואזיל כל פרדיסי דאית ליה וכו' כאשר אבאר בכפתור שני שאף במטלטלין לא מקרי השואל מוחזק אף דתפיס כיון שסופו להחזיר ולא יהיה נשאר תחת ידו מכל שכן גבי קרקע דלא נקרא השוכר מוחזק דהא התם אינו תפיס ת"י וגם סופו להחזיר להמשכיר :

כפתור ב מספר גן נעול

פרח א'

גרסינן בסנהדרין (דף ע"ב ע"א) במשנה שם היה בא במחתרת ושבר את החביות אם יש לו דמים חייב אם אין לו דמים פטור · ואמרינן עלה בגמרא אמר רב הונא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור מאי טעמא בדמים קנינהו אמר רבא מסתברא מילתא דרב בשובר דליתניהו אבל נטל לא והאלקים אמר רב אפילו נטל · דהא יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותיה קאי הכי נמי ברשותיה קיימי ולא היא כי אוקמיניה רחמנא ברשותיה לענין אונסין אבל לענין מיקנא ברשותיה דמרייהו קיימי מידי דהוי אשואל עד כאן לשון הגמרא ופירוש רש"י שם מסתברא מילתא דרב בשובר בין עכשיו בין לאחר זמן דליתנייהו ותשלומין מדידיה לא מצינן לחייביה במקום מיתה אבל נטל לא מסתברא מילתא דרב דפטור בהא דכיון דקיימין הם כל היכא דאיתנייהו דמרייהו נינהו ואין זה חייב בתשלומין דפיקדון בעלמא נינהו גביה והאלקים שבועה אמר רב דפטור אפילו איתנייהו וטעמא מהכא דהא אם יש לו דמים כגון אב על הבן דמודה בהו רב דלא קנה וחייב להחזיר אפ"ה אמרינן דאפילו נאנסו מיניה משבאו לרשותיה חייב להחזיר דמיהן אלמא לא אמרינן פיקדון הוא גביה ואבדו לבעלים · אלא אמרינן ברשותיה הם ואבדו לו הכי נמי לענין אין לו דמים אף על פי דאיתנייהו אמרינן לאו פיקדון נינהו אלא ברשותיה ובאחריותי' קיימי וכי גבו להו בית דין מיניה יש כאן תשלומין וחייב מיתה כאחד כאילו גובין מבשר נכסין · ולא היא מסקנא דמילתא דרבא הוא · ולא היא · לא מסתבר מילתא דרב בהא דאף על גב דהיכא דיש דמים חייבים באחריותו · לאו קנין הוא להיות לו כשאר נכסי' דכי אוקמינהו רחמנא ברשותיה וחייב את הגזלן לשלם הני מילי לענין שלומי · ולא מצי למימר ליה נאנסו דאשכחן בשומרין דחייבן הכתוב לשבע אם לא שלח ידו במלאכת רעהו הא שלח אף על גב דטען מת או נשבר דהיינו אונס חייב דנעשה עליו גזלן בשליחות יד אבל לענין מיקנא לא קנה אם קיימין הם אצלו והוא היה בא לעכבו ולומר דמים אני מחזיר לך לא קני ומהדר להו בעיניהו דכתיב והשיב את הגזילה והאי דכי נאנסו מחזיר דמים ולא מצי למימר נאנסו ונפטר משום דלא גרע גזלן משואל דמשום דכל הנאה שלו אוקמינהו רחמנא ברשותיה לשלומי אם נאנס דכל כמה דקיימא הדרא בעינא הא נמי כל הנאה שלו ומחויב לשלומי עכ"ל רש"י שם והרי"ף לא הביא האי מימרא דרב בהלכותיו והרמב"ן במלחמות כתבו ז"ל כתב בס' המאור תימא שלא הביא הרי"ף ז"ל בהלכותיו כו' אמר הכותב אין בו כח להשבו מפני זה מפני שדעת ר' שלמה (פי' רש"י) כן אבל להודיע דעת רבינו כו' אני צריך לכתוב מה שנראה לי שאפשר לומר דרב נטל ושבר קאמר · הדא דהיכי אמרינן סתם אבל נטל לא והא תרווייהו נטל נינהו והוה לי' למימר אבל לא שבר לא · ועוד דאי הכי מתניתין נמי קשיא עליו דקתני היה בא במחתרת ושבר ואי רבא צריך לדחוקי ולומר דנטל ושבר קאמר היה לן לפרוקי בגמ' ולפרושי היכי קאמר דהא פשטה דמתניתין לא משמע כוותיה ולא אפשר נמי כו' ומה שאמר בעל המאור ז"ל דבדמי' קנינהו וכי אתנייהו דהדרי חומרא דרבנן הוא דברי הבאי הם שהרי מפורש בגמרא דכי אוקמינהו רחמנא ברשותיה הנ"מ לענין אונסין אלמא מדינא דאורייתא הדרי והרי דמוכו כפי' לשואל אלא פי' שמועה זו כך הוא דכיון דאמר נטל ויצא פטור בין שובר אח"כ בין לא שובר פטר רב דשניהם שווים כמו שכתבתי ואמר רבא מסתברא מילתא דרב דאמר בדמי קנינהו בשובר במחתרת בעוד שהוא מתחייב בנפשו והיינו מתני' אבל נטל חייב ולא מסתבר בה טעמא דרב וה"ה לשובר הוא חוץ למחתרת דחייב ואע"ג דלתנייהו והיינו דינא דנטל וכדפרישית אלא דלא נחה הגמ' השתא להאי דינא אלא למימר אוקמינהו כשהוציאן או לא ובאמת שרב אמרה בכל ענין ואפי' נטל פטור ומשום דקסבר דברשותיה קאי וקא טעה רב דלא אוקמינהו רחמנא ברשותיה אלא לענין אונסין ולא לענין מיקנא ואי קשיא לך כשבר ל"ל דרב · ואמאי אמר רבא מסתברא מילתא דרב מתני' היא לאו קושיא כשבר פירשתי דרבא ה"ק טעם זה שא"ר אינו מספיק אלא לשבר ולא לנטל דלאו ברשותי' קאי כו' א"נ יש לפ' דשדינהו איכו בנהרא מיד כגון שיקלקל ידו כו' עכ"ל הרמב"ן · ולכאורה גם לפי' הרמב"ן אינו מרווח לשון הגמ' במאי דא' רב מסתברא כו' לומר דכוונת רבא כפי' הרמב"ן וגם פי' הבעל המאור הוא דחוק מפני קושיית הרמב"ן ובפרט מפני הקושיא האחרונה הנימא דחומרא דרבנן הוא דכי איתו בעינהו הוא דליהדרי ממונא נמרא · דבממונא לא שייך לומר חומרא דרבנן ע"ב ולפ"ז ק' ג"כ על הרמב"ם (בפ"ט מהל' גניבה ה"ל י"ג) דהעתיק רק לשון המתני' ולא הזכיר מימרא דרב וז"ל · כל גנב שיש לו דמים כו' ואם שבר כלים בביאתו חייב בתשלומין אבל מי שאין לו דמים ששבר כלים בביאתו פטור כמו שביארנו עכ"ל · ואין לומר דהרמב"ם נפ' דברי רב כפי פי' הבעל המאור דא"כ היו לו להביא דין הרבא וגם דקשה קושיות הרמב"ן עליו · גם פי' הרמב"ן איני מבין דמאי דאמר רב טעמא בדמים קנינהו בזה לא גילה לנו רב שום חידוש דמתניתין

יודעים אנו את הטעם · וא"כ למה אמר רבא מסתברא מילתא דרב יהיה פירש דטעמא דרב אינו מספיק וכו'. כפי פי' הרמב"ן מה צריך רבא להזכיר רב בזה הלא ממתניתין מבינים את הטעם הזאת ואיך שייך לשון מילתא דרב · דרב לא גילה לנו בזה שום חידוש :

ונראה בעיני לפרש דברי הרמב"ם והרי"ף בטוב טעם ודעת · דאיתא בגמ' (ב"ק י"א ע"א) · אמר שמואל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין ואני אומר אף לשואל ואבא מודה לי וכו' ת"ש דהשות גברא דשאיל ברגא מחברי' תברי' · אתו לקמי' דרב א"ל זיל שלים ליה ברגא מעליא · אלמא אין שמין · אדרבה מדאמרי ליה רב כהנא ורב אשי לרב דינא הכי ושתיק ש"מ שמין איתמר נמי כו' ע"כ ופרש"י אין שמין מנהג דיינין היה שאין שמין לא לגנב ולא לגזלן שהם גנב וגזל כו' ונפחתו אלא אין שמין הגניבה והשברים לבעלים שיחזיר גנב הפחת · אלא ישלם בהמה וכלים מעולים · והשברים שלו · אלא לנזקין שמין כדכתיב והמת יהי' לו · ואני אומר כו' ואבא מודה לי רב כו' ע"ש עכ"ל רש"י · והקשה התוספות ד"ה אין שמין על פי' רש"י וז"ל פ"ה אין שמין כו' והשברים שלו ואע"ג דקיי"ל ישיב לרבות שוה כסף ככסף ואפי' סובין · גנב וגזלן שאני · משום דכתיב אשר גזל כעין שגזל · הלכך צריך להחזיר הגזילה או דמיה ולא סובין וכן משמע בירושלמי מניין שאין שמין לא לגנב ולא לגזלן אר"א בר ממל חיים שנים ישלם ולא מתים עד כדין גניבה גזילה מניין אר"א בר ממל והשיב הגזילה אשר גזל כעין שגזל והיינו טעמא דגנב וגזלן קנו מיד כשהוציאו מרשות הבעלים אבל מזיק כו' וה"ט דמ"ד אף לשואל כיון דחייב באונסין נמצא שקנה מעט שהוציא מיד הבעלים והדמים הוא דנתחייב .כמו גנב וגזלן עכ"ל התוספות ולכאורה קשה על פי' התוספות דאמרינן לקמן (ב"ק ריש פ' הגוזל קמא צ"ד ע"א) בגמ' שם אר"י א"ש ה"ל כרשב"א ומי אמר שמואל הכי והא אמר שמואל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אלא לנזקין · בשלמא לרבא כו' ע"כ ופי' רש"י שם אין שמין · בפ"ק גבי בעלים מטפלין בנבילה אין שמין דלנזקין כו' אבל גנב וגזלן שנטלו בהמה ומתה כו' אלמא שינוי קנה עכ"ל הרי נראה בהדיא דטעם הגמ' דאין שמין הוא מפני שבשינוי קונה ואיך פי' תוס' הטעם מפני דגנב וגזלן שאני משום דכתיב כו' פי' (וגזירת הכתוב הוא) דיחזיר כעין שגנב וכעין שגזל וגם כתבו טעם אחר דגנב וגזלן קנו מיד כשהוציאו מרשות הבעלים וכו' [וכבר הקשה כן השימ"ק שם] אלא נראה לתרץ דהתוספות כתבו הטעם בגניבה וגזילה דילפינן מקרא והטעם דגנב וגזלן קנו מיד כשהוציאו מרשות הבעלים. אלא לפי הס"ד דגמ' דגם בשואל אין שמין וכדמסיק התוספות וה"ט דמ"ד אף לשואל אין שמין כו' ע"כ מפרש התוספות דהטעם בכולם הוא משום דקנו מיד · וכפי הראיה דמביא התוספות שם מהירושלמי · ובירושלמי גרסינן בפירוש אמר שמואל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן ולא לשואל אלא לנזקין בלבד כו' ומוכח מזה דהתוספות מפרש רק לפי הס"ד וכהגי' דירושלמי · [אלא קשה נמי לפי פי' התוספות להס"ד דגמ' אמאי קאמר שמואל אין שמין (פי' דלא אמרינן שיקבלו הבעלים השברים והנבילה בדמים אלא ישלם בהמה או כלים והשברים של גנב או של גזלן) אמאי לא קאמר שמואל רבותא דאפי' אם הוקרו או הוזלו עומדים ברשות הגזלן לפי פי' התוספות דיליף מקרא · כי נוכל לומר דשמואל אזיל לשטתיה דפסיק בפ"ג ב"מ דמ"ג כל' עקיבא דאמרינן שם אר"י אמר שמואל ה"ל כר"ע (ופי' דמשלם כשעת התביעה) כו' מ"ט דקאמר להבר הוא לא יתננו ביום אשמתו ואמרינן בתוס' ד"ה ר"ע אומר · תימא מאי קסבר כו' עד סוף הדיבור ור"ע פליג אזול ויוקר דאמר משלם כשעת התביעה בין זול ובין היוקר עכ"ל התוספות וע"כ אתי שפיר דביוקרא וזולא יליף מקרא דמשלם כשעת התביעה ובנפחת ונשבר יליף ג"כ מקרא דאין שמין לבעלים הפחת והשברים] אבל להמסקנא דגמ' כאן בב"ק דמסקינן מדא"ל ר"כ ור"א לרב דלשואל שמין · וא"כ מאי איכא בין גנב וגזלן לשואל לפי טעם התוס' הרי יותר מסתבר לומר דלשואל אין שמין מבגנב וגזלן וכדאיתא בתוספות (ב"מ מ"א ע"ב) תוס' ד"ה אדא לומר לך ע"ש דיותר מסתבר לאוקמי הדבר ברשותיה דשואל דעל אשר מגעת משיכה חייב באונסין אבל שומרין דשולחין יד שלא לדעת אינו חשוב כאלו כבר נשתמש ע"ש בתוס' וכן אמרינן לעיל בסנהדרין בשוגין דהבא במחתרת מיד · דהוי השואל · אלא ע"כ מוכרחים אנו למימר דהטעם דאין שמין לגנב ולגזלן הוא משום דשינוי אינה קונה ובשואל לא שייך הטעם הזה ע"כ בשואל אמרינן דשמין · ובזה אתי שפיר נמי קושיתן דלעיל על הרי"ף והרמב"ם דזה הוא פי' הגמ' לדעתין · אמר רב הבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור כו' ופי' וטעמא דרב הוא משום דרב אזיל לשיטתו · כס"ד בגמ' דב"ק דאמר שמואל אין שמין כו' ואני אומר אף לשואל אין שמין ואבא מודה לי וגם רב סובר עוד עדיפא מדשמואל · דשמואל סבר רק דלענין הפחת והשברים עומד ברשות הגזלן אבל לענין יוקרא וזולא פסק בב"מ כר' עקיבא · אבל רב יוכל לסבור דגם ביוקרא וזולא עומדת ברשותה דגזלן דלא קאמר שמואל ואבא מודה לי אלא דבהא דאין שמין אית ליה לרב כוותיה · אבל לענין יוקרא וזולא דפסק שמואל כר"ע יוכל רב לפלוג עליו אמר רבא מסתברא מילתא דרב בשסובר דלתנייהו אבל נטל לא · פירוש אם אמר רב רק בשסובר קנינהו ופטור אף לאחר שיצא ממחתרת אבל בנטל לא · פירוש שנטל לבד ולא שיבר כלל הוה אתי שפיר דבריו דנוכל לומר דרב אזיל לשטתו בב"ק דסובר אין שמין כדאמר רב מתחילה וגם סובר בכל הדברים כשמואל דלענין יוקרא וזולא ה"ל כר"ע דכתיב לאשר הוא יתננו ביום אשמתו ולענין נשבר ונפחת סובר דאין שמין עבור הפסוק דמביא התוספות ע"ז דאשר גזל וכפי גי"ר הירושלמי · והאלהים אמר רב אפילו נטל דהא יש לו דמים כו' פירוש וטעמא דרב כדאמרן דגם לענין יוקרא וזולא ברשותיה דגזלן קאי · ולא היא כי אוקמינהו רחמנא ברשותיה לענין אונסין אבל לענין מקניא ברשותיה דמרייהו קיימא מידי דהוי אשואל · פי' דאין הפי' ולא היא דקאמר רבא כפי' רש"י ובעל המאור דכוונת רבא הוא למימר כדבריו · ולא היא דאינו סובר כרב אלא כפי דבריו במסתברא מילתא דרב · אלא פירש דגם רב בעצמו הדר בו מזה דדבריו בכאן שאמר אפי' נטל כלים פטור · הוא לפי דבריו הראשונים בב"ק דאמר דאין שמין לגנב ולגזלן ולא לשואל · ואז הטעם הוא דאין שמין משום הפסוק · דמביא הירושלמי והתוספות וגם סובר הגם לענין יוקרא וזולא עומדת ברשות הגזלן והשואל : אבל לפי המסקנא בגמ' שם דאמרי ליה רב כהנא ור"א לרב והדר ביה רב מזה דאין שמין לשואל ממילא א"כ הטעם כעת הא דאין שמין לא לגנב ולא לגזלן ודאי משום דשינוי קונה דלא נוכל לומר דגם כעת הטעם הוא גם משום דעומדת ברשות הגזלן דא"כ גם בשואל נימא הכי אלא הטעם הוא כנ"ל משום דשינוי קונה ובשואל דלא שייך שינוי קונה א"כ שמין בשואל וה"כ לפי טעם זה ממילא אינו קיימא הגזילה ברשותא דהגזלן והשואל · א"כ ממילא גם כאן בהבא במחתרת אינו פטור אלא דווקא בשסובר במחתרת גופא וכפי סתמא דמתני' וכפי שסתמו הרי"ף והרמב"ם שם · דאב בשסובר אחר כך · הרי לא קנינהו הכלים אלא בשעה שסובר דאז קנינהו בשינוי ואז לא הוי מיתה ותשלומין כאחד ומכ"ש בנטל ולא שיבר דעודן ת"י ולא קנינהו כלל בזה וודאי הדר ביה רב · וכך המשך דברי רבא ולא היא כו' אבל לענין מקניא ברשותא דמרייהו קיימא פי' עד שקנה אותם בשינוי ומקודם לא קנינהו כנ"ל מידי דהוי אשואל דהדר ביה רב ואמר שמין לשואל משום דלא קנה השואל את הכלים רק ברשותי' קיימי רק לענין אונסין וגבי גנב וגזלן ג"כ לא קנהו הגנב והגזלן רק בשינוי · וא"כ גם בזה דאמר רב כאן לענין הבא במחתרת דפטור בשנטל · גם מזה הדר ביה רב בעצמו וכל דבריו שבכאן הם רק לפי מה דאמר מקודם טרם דהדר ביה לגבי ר"כ ור"א · וא"כ כיון דרב בעצמו

הדר

הדר ביה מדבריו אתי שפיר דפסקו הרי"ף והרמב"ם דלא כוותיה כמסתברא דרבא אלא כמסקנת רבא דאמר ולא היא רק דרב בעצמו חזר בו [ורבא אזיל לשיטתו דפסק בב"מ שם הלכה כבית הלל דשינוי קונה אבל קודם שקנה את הדבר בשינוי עומדת עדיין ברשות הנגזל · ואף דרבא פסיק הלכה כב"ה מכל זה יוכל לסבור ג"כ דהלכה כר"ע לענין יוקרא וזולא דמשלם כשעת התביעה והראיה דשמואל ור' יוחנן אית להו בהגוזל קמא (דצ"ג ע"א) דשינוי קונה ואפ"ה פסקו הכ' עקיבא לענין יוקרא וזולא וכמו כן אית ליה לרבא גם כן · וכן כתבו התוספות ע"ש בד"ה ר"ע · וע"כ אמר רבא אבל נעל לא דכיון דעדיין לא נשתנה עומדת הדבר ברשותא דנגזל ועבור זה היה מסתבר אללו לומר אבל נעל לא · וג"כ אי גרסינן רבה במשנתין דסנהדרין שם וכפי גירסת רש"ל ג"כ אזיל רבה לשיטתו דהוא ג"כ סובר שינוי קונה כמבואר (בב"ק ס"ו ע"א) אמר רבה שינוי קונה כתיבא ותניא כו' ע"ש וכנזכר לעיל וג"כ אמר מסתברא אבל נעל לא] · ואתי שפיר הכל על נכון :

פרח א אות ב

ובזה יסיה ניחא ג"כ הרמב"ם (בפ"א מ"ה שאלה ופיקדון ה"ל ה') וז"ל הניח להם אביהם פרה שאולה ומתה אין חייבים באונסין · השבו שהיא של אביהם טבחוה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול ואם הניח להם אביהם נכסים ומתה או שטבחוה משלמין את דמיה מנכסי' עכ"ל והקשו עליו כל המפרשים וז"ל המ"מ שם ומ"ש ומתה או שטבחוה משלמין את דמיה מנכסים·כבר השיגוהו הרמב"ן והרשב"א ז"ל בחלק הראשון וז"ל הגמ' שם (בב"ק קי"ב ע"א) מתה אין חייבין באונסיה כסבורים של אביהן הן טבחוהו ואכלוהו משלמין דמי בשר בזול הניח להם אביהן אחריות נכסים חייבין לשלם · איכא דאמרי אריפא ודלא כרב פפא וא"ד אסיפא והיינו דרב פפא דאמר ר"פ היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור ע"כ ופי' מאן דמתני' לה ארישא דהיינו מתה אין חייבין באונסיה אם הניח לכן אביהם אחריות נכסים חייבין לשלם ור' ינאי דלא כרב פפא דלרב פפא אינו חייב באונסין עד שעת שתאנס · והטעם דטבח בשבת פטור · בחיוב שבת ותשלומין באין כאחד וכיון שכן כאן אפילו הניח להם אביהן נכסים פטורין דהא בשעת האונס כבר מת שואל ואיכא דמתני לה אסיפא דוקא דהגנב אכלוהו אבל ארישא פטורים והיינו דרב פפא והטעם דאכלוהו חייבין מפני שפשע אביהן שלא הודיען ולפי"ז יש תימא בדברי רבינו למה פסק כלשון ראשון דלא כר"פ ולא כלשון אחרון שאינם חולקין ולפיכך פסק וז"ל (פי' הרמב"ן והרשב"א) כלשון אחרון ועוד אני רואה מקום תימא בדבריהם ז"ל שהוא פסק כהא דרב פפא בפ"ז מהל' גניבה וא"כ האיך פסק כאן כלשון ראשון נגד ר"פ ובודאי שיש לרבינו שיטה אחרת בלשונות אלו וצ"ע עכ"ל ולדברינו אתי הרמב"ם שפיר בע"ה דלכאורה נלך להבין דברי הגמ' בב"ק שם · במאי דקאמר הגמ' דרבא יהי' סובר דע"י זה אבד קנה הדבר להתחייב עליה באונסין קנה לה לכל דבר לפי האי מאן דמתני האי בבא דאם הניח לכן אביהן נכסין אריפא דא"כ לא הי' מוכח דפליג אדרב פפא וכפירש"י שם דהא יכול לסבור ג"כ כרב פפא דאם היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור משום דהוה מיתה ותשלומין באין כאחד דלא לכל מילי אוקמא ברשותיה רק לענין אונסין · א"כ צריכין להבין מגלן דילמא אף למאן דמתני אריפא · ובשעת משיכה מחייב באונסיה בכל זאת אינה קנויה ליה לכל מילי · ולכן אם היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור כרב פפא · אבל באמת נוכל לומר דלהאי מאן דמתני לה ארישא היה סובר הגמ' דרבא אזיל לשיטתו דאמר בב"מ סוף פ' השואל (דף ק"ג ע"א) האי מאן דאמר ליה לחבריה אוזלן מרה למירפק ביה כו' פרדיסי רפיק ואזיל כל פרדיסי דאית ליה ומהדר ליה קאיא והקשו התוס' שם ד"ה פרדיסי וא"ת דאמר בריש פרק המוכר את הבית · ארעתא ב' משמע כו' · וי"ל דהיינו דוקא כו' ועוד י"ל דהתם יד לוקח

על התחתונה שהמוכר מוחזק והכא יד משאיל על התחתונה בשואל מוחזק וכ"ת לא מיקרי שואל מוחזק כיון שבסופו להחזיר ואין נשאר בידו כדאמרינן לעיל קרקע בחזקת בעליה עומדת כו' ל"ד דדוקא קרקע כו' אבל במטלטלין אזלינן בתר מאן דתפס השתא היכי דליכא חזקת קרקע נגדה עכ"ל התוס' הרי נראה דרבא סובר דעומדת הדבר ברשותיה וקנה לה משעת משיכה דמיקרי מוחזק ע"ז · וגם בסוף פרק המקבל (דף ק"י ע"א) אמרינן שם גבי הסוא גברא דהבל שכינא דאשכבתא כו' רבא אמר לא צריך למיקם בדינא עלה ויכול לטעון עד כדי דמיהן ע"כ אלמא מזה דאף אבר סופו להחזיר הדבר בכ"ז מיקרי מוחזק וקנה לה לפי שעה בעודן בידו והו"ק · אבל מ"ד לאו דואם הניח אסיפא · אבל ארישא לא ע"כ סובר דרבא הדר מהך דפרדיסא דלפי רבא דפרדיסא הוה ליה למתני גם ארישא · ומזה מוכח אף דאיתא בב"מ שם שרבא אמר הדין בפרדיסא בסתמא בכל זאת הדר ביה · וגם נראה מכאי ליכא דמתני אסיפא אליביה דרבא אינו כדברי רבא האמור בסנהדרין דשם מוכח דרבא סובר אף דלענין חיוב אונסין אוקמוה ברשותיה כדמוכח בב"ק בפרק הגוזל (דף ס"ו ע"ב) הוציאוהו ליסטין חייבים ופריך הגמרא פשיטא כיון דאפקוהו קיימא לה ברשותייהו לכל מילי וכו' · וכדאיתא בתוספות ד"ה פשיטא כו' ועוד כיון דגזלן קמה ליה ברשותיה גם לענין אונסין יש לחייבו יותר מבותף עכ"ל · הרי נראה דפשיטא ליה לגמרא דה"ם דלענין אונסין קנה לה משעת משיכת הגזלן וגם בשואל בודאי נמי הכי הוא מדאמרינן בסנהדרין שם מידי דהוי אשואל זכו' והרמב"ם פסק כרבה דסנהדרין משום דפשטא דמתניתין אתי' כוותיה וגם אי"ה לקמן אכתוב עוד ראיה לזה לכן אף שפסק דמשעת משיכה חייב באונסין מ"מ פסק כרב פפא דאם היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור דלאו לכל מילי היא קנויה לו כמו שסובר רבא בסנהדרין · ואי גרסינן נמי בסנהדרין שם בסוגיין דמחתרת · רבה תחת רבא וכפי גי' רש"ל אין צריכים לכל זה דהרמב"ם פסק בפשיטות כרבה דסנהדרין דקנה לה רק להתחייב באונסין משעת משיכה וכדמוכח בגמ' ב"ק ס"ו הנ"ל ומש"ה פסק הרמב"ם נמי כרב פפא דלא קנה לה מכבר משעת משיכה ורק בשעה שהוליאה בשבת קנה אותה וא"כ חיוב ותשלומין באים כאחד ואתי הכל שפיר בע"ה והו"ק בזה :

ובהכי ניחא נמי דברי הרמב"ם (בפ"א מ"ה שאלה ופיקדון ה"ל ז') וז"ל בם האומר לחבירו השאילני כו' שאני לעדור בו פרדסים הרבה בלי עודר בו כל הפרדיסין שיש לו ואפי' נפחת כל הברזל כו' ע"כ · ונתקשו בפי' דברי הרמב"ם כל המפרשים · וגם בהרמב"ם שלפנינו הקיפו בשעות התיבות (הרבה בלי) על אשר זה הוא נגד דברי הגמ' במאי דאמר רבא פרדיסי כל פרדיסין דאית ליה ולפי עניות דעתי אתי הכל על נכון שפיר · דלהרמב"ם הוקשה לו גם כן קושיית התוספות על דברי רבא בפרדיסי מהגמ' דב"ב אבר הבאתי לעיל בתוספות דמארעתא תרתי משמע (ועיין בלחם משנה שם) וע"כ כתב הרמב"ם בלשון הזה דסובר כאמת כנזכר דגם רבא בעצמו הדר ביה וכנזכר לעיל לפי המ"ד דמתני לה אסיפא להא דאם הניח וע"כ כיון דרבא בעצמו הדר ביה מזה · ע"כ פסק דלא כוותיה בזה רק כפי המימרא הרבא (או רבה) בסנהדרין דאינו קנה משעת משיכה לכל דבר רק להתחייב עלה באונסין וא"כ כיון דלא קנה לו עוד משעת משיכה לא מיקרי מוחזק כפי דאמרינן בב"ב גבי ארעתא ב' משמע וכפי' התוספות · וע"כ דוקא אם אמר פרדיסין הרבה בלי הוא דעודר בו כל פרדיסין שיש לו אבל אם אמר פרדיסי אין עודר בו אלא שנים :

ולפי זה יתורץ עוד הרמב"ם (פ"ד מהל' חמץ ומצה ה"ל ד') וז"ל עכו"ם אנס שהפקיד חמצו אצל ישראל אם יודע שישראל באם אבד או נגנב מחייבו לשלמו ונופאו ולאונסו נעשה כשלו אף על פי שלא קיבל עליו אחריות הרי זה חייב לבערו שהרי מחשב כשלו מפני שמחייבו באחריותו עכ"ל והביא

הראב"ד עליו בהתבלגומין שכן מהאונס אין זה כדין האחריות וכל המפרשים נלאו לפרש דברי הרמב"ם על נכון ולפי עניות דעתו אתי הרמב"ם שפיר · דלכאורה נוכל לתרץ דברי הרמב"ם בנקל לפי מאי דאמרינן בגמ' (חולין ל"ט ע"ב) אמר ליה ר"א בריה דרב אויא לרב אשי לר"א יהיב ליה זוזא לטבחא ישראל מאי · א"ל חזינן אי אינש אלמא הוא דלא מצי מדחי ליה אסור ואי לא אמר ליה ראשך והר על"ל הגמ' ופי' רש"י שם אינש אלמא האי עכו"ם דלא מצי מדחי ליה האי ישראל אם היה רוצה להחזיר לו האי דינר שלו אשתכח דקנין גמורה הוא ואי לא מצי א"ל ראשך והר הרי ראשך כו' אע"ג דקי"ל דמעות העכו"ם קונה ויש לו חלק בה מיהו ישראל כי שחיט מסלק ליה לעכו"ם והיינו נעשה שלוחו דא"ל לא לעוותי שיתפתיך אבל באינש אלמא ע"כ שחיטה אף בשבילו הוא כו' ע"כ והרשב"א בחידושיו מביא שם בשם הרמב"ן מה שהקשה על דברי רש"י וז"ל חזינן אי גברא אלמא הוא כו' פירושיה ז"ל דמעות בעכו"ם קונות כו' והרמב"ן ז"ל הקשה עליו כו' ופי' הוא ז"ל דאי לאו גברא אלמא מצי מדחי ליה לא המכה דעתיה כו' ועדיין אינו מיושב בעיני כו' ומסתברא לי דהא כו' מיהא בגברא אלמא בע"כ שקיל ה"ל כאילו נעשה שותף בה ואסור כו' וכדאמרינן פסחים בעירו חמירא דבני חילא דאילו מגנב או מתביד ברשותייכו קאי ה"ל כדידכו כו' ע"ש על"ל הנה מוכח מזה בפירוש דבגברא אלמא נעשה כאילו קנה לה מן הדין כיון דע"כ שקיל וכמו כן אית ליה להרמב"ם דג"כ לענין אחריות מן הדין עומדת ברשות הבעל הבית אף דבע"כ הוא · אבל עדיין אינו מיושב הרמב"ם שפיר דיש להקשות עוד ולחלק בין קיבל עליו ההריות מנפשיה לאנס דבקיבל עליו אחריות חל החיוב להתחייב באונסיה משעת משיכה א"כ הוה כשלו לענין שיעבור עליו בבל יראה ובל ימצא כדאמרינן בפסחים שם · אבל גבי אנס שאינו מתחייב באונסין משעת משיכה רק מהמת שהוא גברא אלמא יכפהו לשלם לו אם נאבד או נגנב ואיך נאמר דיהיה כשלו משעת משיכה לענין לעבור עליו בבל יראה ובל ימצא כיון דאין החיוב שלו מתחיל משעת משיכה · וא"כ ל"ד לקיבל עליו אחריות מעצמו · ונשאר עוד קושיית הראב"ד על הרמב"ם · אבל לפי דברינו גם זה אתי שפיר דנקדים עוד להקשות על הגמ' שם פסחים (דף ה' ע"ב) כי הא דא"ל רבא לבני מחוזא בעירו חמירא דבני חילא אבתיכון כיון דאילו מיגנב ואילו מתביד ברשותייכו קאי ובעית לשלומי כדילכון דמי ומקשה הגמ' הניחא למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי אלא למ"ד לאו כממון דמי מאי איכא למימר שאני הכי כו' ע"כ · ולכאורה קשה על הגמרא מאי קאמר הגמ' הניחא למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי הא לדידיה ג"כ לא ניחא אם יסבור רבא כוותיה דלא דמי לדבר הגורם לממון כממון דמי דהתם ג"כ חייב באונסין דמאן דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי הוא רבי שמעון כמבואר ברש"י שם גבי גונב קדשים שהיו הבעלים חייבין באחריותן אמר ר"ש אע"פ שאין כפל להקדש דכתיב לרעהו ולא להקדש הכא חייב דכיון דחייב באחריותן רעהו קרינן ביה דהא גרם לו להתחייב ממון והתם הבעלים חייבין אף באונסין כידוע ולפיכך הוא נחשב גורם לממון כממון אבל כאן לא קאמר רבא אלא אי מיגנב ומתביד ברשותייכו קאי ובזה אין עומדת ברשותי' לגמרי להתחייב באחריות כיון דבאונסין אינו חייב וא"כ כיון דאינו חייב באונסין אינו עומדת ברשותי' דדוקא אם יתחייב באונסין קמה ברשותי' וכפי דאמר רבא השואל מרה מחבירו לרפיק בה כו' (שם ב"מ) אבל בגניבה ואבידה לבד לא קנה עדיין את הכלי לכל דבר ואם נימא דלאו דווקא קאמר רבא השואל אלא גם אם שכר ולענין גניבה ואבידה ג"כ הוא כמו כן וקנה לכל · זה אינו דא"כ אמאי צריך הגמ' לדחוק בר"פ המפקיד (דף ל"ב ע"א) על קושיית רמא בר חמא והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ומתרץ רבא נעשה כאומר לו כו' ע"ש הא גם בלא זה ניחא · דכיון דמשעת משיכה נתחייב בגניבה ואבידה והוה כאילו קנויה לו לגמרי אף אם לא נתחייב באונסין אלא ע"כ דווקא בשואל הוא דכי מתחייב עלה באונסין

קנה לה לכל משעת משיכה אבל בשאר שומרים לא · ואם כן מאי קאמ' בגמרא הכא הניחא למ"ד כו' אלא מוכרחים אנו לתרץ דגם רבא הדר ביה מדינא דפרדיסי וסובר באמת ג"כ דמשעת משיכה לא קנה לה לכל · רק להתחייב עלה באונסין · כרבא דסנהדרין וכפי אשר הוכחנו לעיל וא"כ אתי שפיר קושיות הגמ' הניחא למ"ד דבר הגורם לממון דלא שנא אם נתחייב עלה בגניבה ואבידה · ל"ש אם נתחייב עלה באונסין · שוה בזה כיון דלא קנה לה לכל רק זה קנה אותה להתחייב באונסין משעת משיכה וזה קנה אותה להתחייב בגניבה ואבידה משעת משיכה · ואם סובר רבא דבר הגורם לממון כממון דמי אתי שפיר · אבל למ"ד ד"ה ל"מ לאו כממון דמי קשה ודו"ק בזה וא"כ אתי שפיר ג"כ הרמב"ם · דכיון דהוכחתי דלא קי"ל כרבא דפרדיסא מדאמר הגמ' הניחא למ"ד דבר הגורם לממון כממון · אלא אף דאמרינן דמשעת משיכה נתחייב באונסיה מ"מ אינו קונה לו לשום דבר רק מחמת דבר הגורם לממון כממון אף למאן דאמר דלא אמרינן דבר הגורם לממון כממון · גבי חמץ שאני מדכתיב לך כמבואר שם וה"ה גבי אנס אף שמן הדין אינו מתחייב באונסין מ"מ אם נגנב או נאבד יכוף אותו מחמת אלמותו לשלם וגורם לממון · וגורם לממון כממון דמי אליביה דכ"ע גבי חמץ מדכתיב לך דאין שום חילוק ביניהם דהא דגבי שומר דמחויב מצד הדין באונסין משעת משיכה בכל זאת אינה קנויה ליה לשום דבר ואפי"ה עובר בב"י ובל ימצא ה"נ עובר גבי עכו"ם אלם דהא חזינן דהגמרא אינו מחלק בין אם הוא מחויב אף באונסין ובין אם הוא מחויב בגניבה ואבידה רק כיון דבאיזה אופן הוא גורם לממון עובר בב"י ובל ימצא ה"נ כאן גבי אנס כיון דעכ"פ גורם לממון הוא ובזה אתי שפיר מה דפסק הרמב"ם כלישנא קמא דרבא וכרב פפא שהוא נגד הגמרא דב"ק (דף קי"ב ע"א) שמוכח מכאן דאין הלכה כאותה סוגיא אלא כרבא דסנהדרין דמשעת משיכה קנה להתחייב באונסין מ"מ אינה קנויה ליה לשום דבר ואם היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור כרב פפא וכן מוכח דגם רבא דהכא דאמר בעירו חמירא דבני חילא סובר ג"כ דמשעת משיכה נתחייב באחריות לכן אמר הגמרא הניחא ומדמה דין דרבא להך דרבי שמעון דשוו להדדי דתרווייהו נתחייבו באחריותן מקודם שאירע האונס ולפ"ז מוכח דלא קי"ל כרבא דפרדיסא ולא כשתי הלשונות דב"ק (דף קי"ב ע"א) אלא כרבא דסנהדרין דסתמא דגמרא דהכא אזדא אליביה דרבא כמו שאמר רבא בסנהדרין ולכן פסק הרמב"ם כלישנא קמא דב"ק וכרב פפא · כי אינם חולקין אהדדי לפי מה דסובר רבא בסנהדרין :

פרח ב

ובדברינו יהיה ניחא ג"כ הרמב"ם (פ"ו מ"ה מעילה ה"ל ט') וז"ל נטל פרוטה של הקדש ונתן לבלן אעפ"י שלא רחץ מעל שהרי נהנה בהיותו רוחץ בכל עת שירצה וכן אם נתנה לאחד מבעלי אומניות מעל אעפ"י שעדיין לא עשו מלאכתן עכ"ל · והקשה עליו הכ"מ דהתם אליביה דר"ל קיימינן דאמר משיכה קונה מן התורה · ואנן קי"ל כר"י דאמר מעות קונות ע"כ ולכאורה נראה עוד להקשות שהרמב"ם סותר עצמו מדבריו שבה"ל י' כתב וז"ל קנה בה חפץ ולא משך אם מן העכו"ם מעל אם מן הישראל לא מעל ע"כ ואיך קאמר בהל' ט' וכן אם נתנה לאחד מבעלי אומניות מעל כו' · אבל לפי דברינו אתי הכל שפיר בס"ד · דגרסינן גמ' (ב"מ דמ"ז ע"ב) אר"י ד"ת מעות קונות ומפני מה אמרו משיכה קונה גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה כו' ר"ל אמר משיכה מפורשת מן התורה כו' עוד (שם מ"ח ע"א) אמר רבא קרא ומתניתא מסייע ליה לר"ל קרא דכתיב כו' מתניתא מנלן דתניא נתנה לבלן מעל ואמר רב דווקא בלן דלא מיחסר משיכה אבל מידי אחרינא דמיחסרא משיכה לא מעל עד דמשיך · והתניא נתנה לספר מעל וספר הא בעי למימשך תספורת הב"ע בספר עכו"ם דלאו בר משיכה הוא תנ"ה נתנה לספר או לספן או לכל בעלי

אומניות

אומניות לא מעל עד דמשך קיימין אהדדי אלא לאו ש"מ כאן בספר ישראל כאן בספר עכו"ם ש"מ וכן אמר ר"נ ד"ת מעות קונות ובדקה לוי במתניתא ואשכח נתנה לשינין מעל אלא קשיא לר"ל א"ל ר"ל הא מני ר"ש היא ע"כ · עוד שם בתוספות ד"ה בלן דלא מיחסר משיכה · וא"ת והא מחובר הוקש וי"ל דשכירות קרקע נקנה בכסף כדאמר במרובה · וא"ת ומנ"ל דדוקא בלן · וי"ל מדקאמר בשיפא משום שא"ל הכנס ורחוץ שהרי מרחץ פתוחה לפניך וא"ת וכו' אתותב ר"י ממתניתין וי"ל דר"י מוקי לה בבלן עכו"ם אבל ספר עכו"ם בעי משיכה וריש לקיש ורבא ס"ל דמיירי בבלן ישראל דומיא דרישא דקתני נתנה לחבירו הוא מעל וחבירו לא מעל דאיירי בנתנה לחבירו ישראל ע"כ · ובעיני נראה לומר שהרמב"ם לא ניחא ליה תי' התוס' דלר"י מוקי לה המתני' בבלן עכו"ם על אשר בודאי מיירי המתני' סיפא דומיא דרישא כמו שמסיק התוס' ג"כ אליבא דר"ל ורבא :

וגם עוד היה קשה להרמב"ם קושיית התוס' (ב"מ מ"ג ע"א) ד"ה מאי איריא · דאמרינן שם בגמ' על מתניתין המפקיד מעות אצל שולחני אם צרורין לא ישתמש בהן לפיכך אם אבדו אינו חייב באחריותן מותרין ישתמש בהן לפיכך אם אבדו חייב באחריותן כו' ואמרינן שם בגמ' עלה אמר ר"ה ואפי' נאנסו והא אבדו קתני כו' ור' נחמן אמר נאנסו לא א"ל רבא לר"נ לדידך דאמרת נאנסו לא אלמא לא הוי שואל עלייהו אם שואל לא הוי ש"מ נמי לא הוי · א"ל בהא מודינא לך כו' אתביה ר"נ לר"ה המפקיד מעות אצל שולחני אם צרורין לא ישתמש בהן לפיכך אם הוציא לא מעל הגזבר ואם מותרין ישתמש בהן לפיכך אם הוציא מעל הגיזבר ואי אמרת אפי' נאנסו מאי איריא הוציא אפי' לא הוציא נמי א"ל ה"ה אע"ג דלא הוציא נמי ואיידי דתנא רישא הוציא תנא סיפא נמי הוציא ופי' רש"י על ואי אמרת · אפי' נאנסו תנא מתני' דחייב שולחני באחריותם נמצא משעה שהפקידו אצלו יצאה מרשות הקדש ובאה לרשות שולחני ונעשה כמי שלוה לו ואין הוצאה גדולה מזו מאי איריא הוציא איידי כו' וכתבו שם בתוספות וא"ת הא דתנן לקמן בהזהב נתן לו מעות ולא משך הימנו פירות יכול לחזור בו לר"ה דאית ליה היתר תשמיש מחייב באונסין וכן לר' יוסף (פרק אלו מציאות כ"ט) המוכר אסור להשתמש במעות שקיבל שאם הי' מותר להשתמש תקשה להו הך ברייתא דמייתי אפלוגתא דר"י ור"ל נתנה לבלן מעל דווקא בלן דלא מיחסר משיכה כדקתני סיפא הרי מרחץ לפניך הכנס ורחוץ אבל ספר לא מעל עד דמשיך ולדידהו כי נתן לספר נמי למעול אע"ג דלא משיך כיון דספר מותר להשתמש בהן בין מיירי בספר עכו"ם כר"י ובין בספר ישראל כר"ל וכמו שאסור להשתמש בהן לר"ה ולר' יוסף ה"נ לר"י ולריש לקיש דבהא לא פליגי ולא הוי המוכר על המעות האלו כ"א ש"ה לכ"ע וא"כ לר"י מה הועילו חכמים בתקנתן במה שתיקנו דאין מעות קונות דאי מעות קונות יאמר לו מוכר נשרפו חטיך בעליה השתא דלא קני יאמר נשרפו מעותך בעלי' ועוד דרב הונא גופא סבר כר"י (פ' הזהב דמ"ו ע"ב) דאמר ר"ה מכור לי באלו קנה וכו' אע"ג דלא משיך כו' ועוד י"ל דלר"י ולר"ה דאית להו מעות קונות לא הפקיעו כח שיש למוכר במעות שיכול להשתמש בהן כיון דקונות מן התורה והוי שואל עלייהו ולא מצי אמר ליה נשרפו מעותך בעלי' ולא תיקנו משיכה אלא כדי שלא יאמרו נשרפו חטיך בעלי' אבל לר"ל ודאי כיון דמעות אינם קונות אסור להשתמש במעות ולא הוי שואל עלייהו ולכך נתנה לספר לא מעל עד שימשוך וכן לר"י ולר"ה בספר עכו"ם לא מעל עד שימשוך עכ"ל התוספות · והרמב"ם ז"ל הוקשה לו ג"כ קושיית התוספות הנזכרת וגם יתרץ כפי תירץ התוס' השני הנ"ל ועוד מעט באופן אחר לפי דעתו כי מדברי התוספות נראה לאורה שמה שתרצו וקאמרו בדבריהם · דהמוכר הוי שואל עלייהו כו' נראה שלאו דוקא קאמרי דהוי שואל אלא דגם הוי לוה על המעות · וכפי מה דאמרו התוספות בפ"ב (דף כ ט) תוספות ד"ה והוי שואל ע"ב וגם בהדיא הדין בבלן [illegible]

כן · אבל הרמב"ם נראה לו שדוקא הוי המוכר שואל על המעות ולא לוה · והטעם הוא דמה דלא הפקיעו חכמים דהמוכר יהיה אסור להשתמש במעות · כדי שיהי' שואל עלייהו · והוא משום דהוא טובת המוכר והלוקח כי שניהם ניחא להו בהכי · דלטובת המוכר הוא שיכול להשתמש בהמעות באם יזדמן לו מקח טוב וגם לטובת הלוקח הוא שלא יוכל המוכר לומר נשרפו מעותך בעליה · אבל לעשות המוכר על המעות תורת לוה · הוא שלא לטובת הלוקח כי אולי יש להמוכר עוד מלוה שמגיע לו מעות ממנו ואם יהי' על מעות הלוקח לוה הרי כשיבוא המלוה האחר מקודם ויגבה מעות הלוקח ממנו הרי יפסיד הלוקח ואם יבואו שניהם ביחד יחלוקו ביניהם אבל אם נעשה רק שואל עלייהו ממילא כ"ז שהמעות הם בעין לא יוכל שום מלוה לגבות המעות האלו וגם צריך המוכר להחזירם לו אותם המעות אשר נתן לו אם עדנה לא הוציאם ומונחים תחת ידו בעין · משא"כ אם הוא לוה :

ולפ"ז יתרץ הרמב"ם ג"כ קושיית התוספות בסוגיין (דף מ"ח) דלר"י קשה מתני' דבלן דמשמע דווקא בלן אבל לאחר במחוסר משיכה לא מעל עד דמשיך · ואם הוא כדברי ר"י דמעות קונות מאי איריא בלן אפי נתנה לאחר נמי · דר"י סבר כפי שיטת רבא דסנהדרין בסוגיא דמאהרת הנזכר · דהכלי אינה עומדת ברשות השואל אלא להיות אונסין ולא לשום דבר · כרבא דפרדיסא · וכיון דמסקינן לפי סברת הרמב"ם דהמוכר לא הוי כ"א שואל על המעות שנתן לו הלוקח ממילא לא קנה עוד המעות לשום דבר דנחשב שיצא לגמרי מרשות הלוקח לרשות המוכר כיון דלא הוי רק שואל ע"ז וכפי דברי רבא דסנהדרין · וממילא גבי הקדש דכל עיקר המעילה באה רק בזמן שהוציא הגזבר מעות הקדש · לגמרי מרשות הקדש לרשות הדיוט · ע"כ הוא הדין לר' יוחנן אף דקסבר דמעות קונות אבל המוכר לא נעשה על המעות רק שואל ושואל לא קנה עוד המעות לשום דבר שיחשב שיצא מרשות הקדש לרשות אחר · ע"כ סבר דדוקא בלן מעל אבל נתנה לאחר לא מעל כיון דלא יצא עוד לגמרי מרשות הקדש אבל רבא דהביא ראי' לר"ל ממתני' דבלן אזיל לשיטתי' דסוב' בפרדיסא דהכלי עומדת ברשותא דשואל לכל דבר קודם בסדר שיש רבא כפי דברינו הנזכרים בפרח א' וע"כ הביא ראיה לריש לקיש דאם כדברי ר' יוחנן דמעות קונות וא"כ היה להמוכר לקנות המעות דלוקח קנין גמור · ויצאו לגמרי המעות מרשותא דלוקח לרשותא דמוכר · ולמאי קאמר מתני' דוקא בלן הרי לפי דברי ר"י דמעות קונות ועומדת לגמרי ברשותא דמוכר ואפי' נתנה לאחר נמי יצאו מרשותא דלוקח לגמרי והוה לו להלוקח למעול · ולא תקשה נמי לדברינו מר' נחמן דוודאי לר' נחמן דסובר ג"כ מעות קונות כר"י ישאר קושיות התוספות דלדידיה תקשה מתני' דמביא רבא ראיה לר"ל ממתניתין דבלן · ולדידיה לא נוכל לתרץ כפי מה שתירצנו לעיל לר' יוחנן דר' נחמן בעצמו הקשה לר"ה (מ"ג ע"א) מהמפקיד מעות (של הקדש) אצל שולחני כו' מאי איריא הוציא אפי' לא הוציא נמי וא"כ סובר לדברי ר"ה דמעל אפי' לא הוציא דכיון דחייב באונסין א"כ ממילא יצאו המעות לגמרי מרשותא דהמפקיד לרשותא דהנפקד ומעל המפקיד עלייהו ולפי זה בוודאי תקשה לדידיה מאי איריא בלן אפי' אחר נמי כיון דהמוכר הוי שואל עלייהו להתחייב באונסין דבאמת נוכל למימר דלרב נחמן תקשה מתני' דר"ל · אבל הוא סמך על מתני' דלוי דבדק לוי ותנא מתניתא דהשינין · אבל לדידן דלא סבירא לן כמתניתא דלוי דנוכל לומר דר"ש היא · מוכרחים לתרץ לר"י כפי מה שתירצנו לעיל דמתני' דבלן אזיל כוותיה · ובהכי ניחא נמי מה דסידר הש"ס מימרא דוכן אמר ר' נחמן אחר דברי רבא וסמך תיכף אחר דברי ר' נחמן ובדקה לוי במתניתא דכוונתם בזה הוא לתרץ ג"כ שלא יוקשה על ר"נ קושיות רבא ע"כ סידרו דברי ר"נ אחר דברי רבא לומר שלדידיה יוקשה קושית רבא ממתני' דבלן אבל הוא סמך אמתני' דשינין

דבדק לוי ותנא ודו"ק בזה · ומזה יצא עוד ראיה לדברינו דהרמב"ם מוכרח לפסוק כרבא דסנהדרין לא כמימרא דרבא דפרדיסא על אשר כל האמוראים דסבירי להו מעות קונות דאורייתא והלכתא כוותייהו לא יוכלו לפסוק כפי רבא דפרדיסא רק כפי דברי רבא דסנהדרין. כפי אשר ביארנו לעיל · וגם נראה לי לומר עוד שלא תקשה קושיית ר"ל ממתני' דהכא על ר"ש דסובר ג"כ מעות קונות כר"י וגדידיה ג"כ לא נוכל לתרץ כפי מה שתירצנו לעיל לר"י דתיקשה ג"כ כפי מה שהוכחנו לעיל דלר' נחמן לא נוכל לתרץ התירוץ שתירצנו לר"י דר"ש נמי השיב לר"ל על קושייתו הנ"ל מאי איריא הוציא אפי' לא הוציא נמי וא"ל (ר"ש) ה"ה אע"ג דלא הוציא ואיידי דתנא רישא כו' וא"כ אית ליה לר"ש נמי דאם חייב באונסין א"כ יצאו לגמרי מרשות מפקיד לנפקד ומעל המפקיד וא"כ גבי בלן נמי תקשה מאי איריא כנ"ל · כי נוכל לתרץ בהקדם עוד קושיא · דלכאורה קשה דהתוספות (ב"מ כ"ט) ד"ה והוי שואל עלייהו הקשו וז"ל תימא דהוה ליה למימר דהוי לוה עלייהו ואם נאמר דאם באו בעלים קודם שהוציאם חייב להחזיר אותם מעות עצמם ולא אחרים הוי אתי שפיר דקרי ליה שואל · אך אי אפשר לומר כן דבפ' המפקיד פריך אי נאנסו חייב מאי איריא הוציא כי לא הוציא נמי והשתא אי חייב להחזיר הן עצמם כשיתבע הגיזבר א"כ לא קנאם השולחני בשלא הוציאם ולא מעל כדא"א (פרק השואל דצ"ט) לא בקע בו לא מעל כיון שיכול המשאיל לחזור בו · וא"כ מאי פריך כי לא הוציא נמי אלא וודאי אם אותן המעות עדיין הם בעין אין צריך להחזיר אותן המעות עצמן · וי"ל דנקט שואל כו' · ולפי דברי התוספות זה דלו גם יהיה לוה · ע"ז קשה ג"כ דאמרינן (בקדושין דמ"ז ע"ב) אלא הא דאמר ר"ש השואל קרדום מחבירו · בקע בו קנה לא בקע בו לא קנה לימא ר"ש כתנאי- אמרה לשמעתיה לא ע"כ לא פליגי כו' (פי' דלר"מ דס"ל מלוה הרי הוא כפקדון ס"ל לשא דרב הונא דכל זמן שהמלוה הוא בעין אם בא המלוה לחזור יכול לחזור רק אם הוציא אז אין יכול לחזור ורבנן לא סבירי להו לשא דר"ש כיון דס"ל דאף אם המלוה עדיין בעין נמי לא יכול לחזור ממילא לא סבירי להו הא דר"ש דקרדום) ואמאי הוה ס"ד דגמרא דר"ש כתנאי אמרה לשמעתיה ור"ש יהיה סובר כר"מ דכל זמן שהמלוה היא בעין עומדת ברשות הבעלים ויכולים לחזור בו דא"כ אמאי צריך ר"ש לומר לר"ל ולתרץ קושייתו דמאי איריא הוציא כו' משום איידי כנ"ל הא לפי זה היה ליה לר"ש לתרץ לר"ל דלדידיה דוקא הוציא דאם לא הוציא עדיין עומד המעות ברשות הגיזבר ולא מעל עדיין · אלא ע"כ צריכים אנו לומר דלפי הס"ד דגמ' דקדושין · השיב ר"ש לר"ל התירוץ דאיידי כו' לפי דבריו דר"ל ולפי סברתו · וכהאי גוונא מצינו בכמה מקומות בש"ס · וה"נ נוכל לומר לדידן לתרץ הקושיא הנ"ל · דמה שהשיב ר"ש לר"ל התירוץ דאיידי הוא ג"כ לפי סברת ר"ל אבל הוא סבר דאף דחייב באונסין בכל זאת עדיין ברשותיה עומדת · ועתה נבוא לבאר המשך דברי הרמב"ם · ולתרץ במה שסותר עצמו בשתי הלכות הנזכרות לעיל בדברינו דבה"ל ט' כתב · וכן אם נתנה לא' מבעלי אומניות מעל כו' ובה"ל י' כתב קנה בה חפץ ולא משך אם מן עכו"ם מעל · ואם מישראל לא מעל · ולכאורה היה נראה לי לתרץ ולחלק בין שכירות למכר דבמכר שייך לומר דהפקיעו חכמים דלא יקנה אלא במשיכה משום תקנתא שמא יאמר לו נשרפו חטיך כו' וע"כ קאמר הרמב"ם בהלכה י' דאם קנה מישראל לא מעל דבישראל עשו חכמים תקנתן אבל ברישא דמיירי הרמב"ם גבי שכירות דאם נתנה לא' מבעלי אומניות היינו בשכירות · ובשכירות לא שייך תקנתא דנשרפו חטיך ע"כ מעל דקנה החפץ מאומן במעות · שוב ראיתי כן בשו"ת מחנה אפרים (בהל' שכירות פועלים סי' ג') ומביא עוד ראיה לדבריו מהרמב"ן וריטב"א פ' השואל ע"ש · אך ראיתי אח"כ שזה דוחק · כי לפי זה אמאי צריך הרמב"ם להזכיר בדבריו דווקא בלן · היה לו לומר רק אם נטל פרוטה של הקדש ונתן לא' מבעלי אומניות מעל ומדוע הביא מקודם נתנה לבלן · ואח"כ וכן אם נתנה לבעלי אומניות · ע"כ נראה לפענ"ד לומר דהרמב"ם כוון לומר דדוקא בלן דלא מיחסר משיכה וכן לא' מבעלי אומניות · מיירי ג"כ דומיא דבלן דלא מיחסר משיכה ונקט תרווייהו לרבותא · דבלן נקט לומר דמיירי בדלא מיחסר משיכה ובעלי אומניות נקט לומר שאף אשר לא גמרו עדיין מלאכתם עכ"ז מעל דזה לא הוי ידעינן מבלן · דבלן יכול לומר לו הרי המרחץ פתוח לפניך הכנס ורחץ [גמ' מעילה כ' ע"א] וכפי מה שכתב הרמב"ם בעצמו בכאן שהרי נהנה בהיותו רוחץ בכל עת כו' ומבעלי אומניות ידעינן רבותא דאפילו לא גמרו מלאכתם נמי מעל והרמב"ם למד זאת מהגמ' דנתנה לספר מעל ע"ש אבל בסיפא דקנה בה חפץ דמחוסר משיכה עדיין לא מעל אם קנה מישראל · אבל אם קנה מהעכו"ם אף דעדיין לא משך מעל דישראל מן עכו"ם קנה או במשיכה או במעות וכן עכו"ם מישראל וכדפסק הרמב"ם סוף פ"א מה' זכייה וז"ל עכו"ם שמכר מטלטלין לישראל או קנה מטלטלין מישראל קונה במשיכה ומקנה במשיכה או בדמים ע"כ ופי' המ"מ והכ"מ שם דהאי או בדמים קאי נמי אעכו"ם הקונה מישראל דעכו"ם קונה נמי המטלטלין מישראל בדמים ע"כ · (ועיין בביאורו הגר"א חו"מ סוף סי' קל"ד) · ואף דהגמרא קאמר דוקא בלן לסייעיה לר"ל אבל לפי דברינו הנזכרים דהרמב"ם פסק דלא כרבא דפרדיסא (בב"מ דף ק"ג ע"א) רק כרבא (דסנהדרין דף ע"ב ע"א) דהכלי איננה עומדת ברשותא דהשואל אלא לאונסים לא לכל דבר וממילא לא מעל גבי הקדש אף דס"ל דמעות קונות ואתי שפיר אליביה דר"י ג"כ ועיין בזה :

פרח ב אות ב

שוב נראה לי לכאורה להקשות לפי דברינו הנזכרים · אשר הוכחנו דהרמב"ם מפרש כפי' התוספות דרבא דפרדיסא סובר דשואל קנה החפץ לכולי מלתא קנין גמור הרי אמרינן בסוכה ריש פ' לולב הגזול (ל' ע"א) דכ"ע סברי דאין יוצאין בלולב השאול וגם רבא בעצמו אמר כן התם וז"ל רבא אמר לעולם ביו"ט ראשון ולא מיבעי קאמר לא מיבעי שאול דלאו דידיה הוא אבל גזול כו' ע"כ וא"כ אמאי אין יוצאין בלולב השאול לפי דברי רבא דפרדיסא כיון דקנה לו לגמרי · אולם גם זה יש לתרץ דרבא סובר דדבר שאינו קנוי לו קנין עולם רק לפי שעה לא מיקרי גבי לולב שלכם · דשלכם הוא דווקא קנין עולמות משמע · ומש"ה בשאול אין יוצא אף דקנה לפי שעה קניין גמור · מ"מ כיון דסופו לחזור לבעלים לאחר ימי שאלה לא מיקרי שלכם ואף דרבא סובר בעצמו בקדושין (ו' ע"ב) דבאתרוג מתנה ע"מ להחזיר שמיה מתנה דז"ל שם אמר רבא הילך אתרוג זה ע"מ שתחזירהו לי נטלו והחזירו יצא כו' מ"מ לא דמי מתנה ע"מ להחזיר לשאול דבמתנה ע"מ להחזיר הוא קנה קנין עולם בשעה שזכה בו לצאת וראיה הוא שאם נתן לו במתנה עד זמן פלוני לא יצא בו דכיון דלא נתן לו רק עד זמן פלוני ולאחר הזמן יחזיר להבעלים לא נחשב זאת לקנין עולמית · משא"כ באם נתן לו מתנה ע"מ להחזיר מחוייב המקבל מתנה ליתן לבעלים ולהקנותם מחדש · ומחמת טעם זה אין נותנים לקטן לצאת בו ביום ראשון דכיון דבעינן באתרוג מתנה ע"מ להחזיר וממילא לאחר שזכה בו המקבל מחוייב להקנות לבעלים וקטן אין בו דעת להקנות לבעלים אח"כ · אבל מתנה עד זמן ממילא אח"ז יחזור לרשות הבעלים בלי שום הקנאה מהמקבל · וכדכתב הרא"ש בפ' לולב הגזול סי' כ"ט וכן פסקו הטוש"ע או"ח (סי' תרנ"ח ע"ש בסעיף ג' ובסעיף ו' י"ב מג"א שם) · אבל הרמב"ם סובר דדבר הקנוי רק לפי שעה קנין הגוף מיקרי ג"כ שלכם · וכפי אשר אכתוב לקמן בס"ד וא"כ כיון דפסקינן דבלולב השאול אין יוצאין בו · בוודאי מוכח מזה . דבשואל לא קניה השואל קנין גמורה אף לפי שעה דלא כרבא דפרדיסא בב"מ (דף ק"ג ע"א) :

ועתה

פרק ג אות א

ועתה אבאר בס"ד דעת הרמב"ם אשר הזכרנו לעיל שסובר דדבר הקנוי רק לפי שעה קניין הגוף מיקרי ג"כ שלהם. דגרסינן בגמ' גיטין מ"ז ע"ב אתמר המוכר שדהו לפירות. ר' יוחנן אמר מביא וקורא ר"ל אמר מביא ואינו קורא. ר' יוחנן אמר מביא וקורא קנין פירות כקנין הגוף דמי ור"ל אמר מביא ואינו קורא קנין פירות לא כקנין הגוף דמי איתבי' כו' ואזדו לטעמייהו דאתמר המוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג ר"י א' מביא וקורא דקניין פירות כקנין הגוף דמי ור"ל א' מביא ואינו קורא כו' ופירש"י בזמן שהיובל נוהג כל מכירת קרקע לפירות שהרי הגוף חוזר ביובל. ובסוף הסוגיא שם אמר ר' יוסף אי לאו דא"ר יוחנן קנין פירות כקנין הגוף דמי לא מצא ידיו ורגליו בבית המדרש דאמר רב אסי א"ר יוחנן האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל ואי ס"ד לאו כקנין הגוף דמי לא משכחת דמייתי בכורים אלא חד בר חד עד יהושע בן נון ע"כ. והקשו שם בתוספות ד"ה אי לאו. ואמאי איך מצאנו ידינו ורגלינו דקי"ל כר"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי וקיי"ל נמי דהאחין שחלקו לקוחות הן דבדאורייתא אין ברירה וכה"ג הקשו התוספות ג"כ ב"ק (דף פ"ה) דמשמע התם דס"ל לשמואל דקניין פירות לאו כקנין הגוף דמי והאיך מצא ידיו ורגליו בבית המדרש. דהא הוא סובר דאחין שחלקו לקוחות הן דאין ברירה וא"כ לא משכחת דמייתי בכורים אלא חד בר חד עד יהושע בן נון וכן הקשו נמי דרבא אדרבא דהאיך מצא ידיו ורגליו בבית המדרש ע"ש. והנה במסכתא גיטין כתבו התוספות לתרץ לדידן דדווקא בשכותב לבנו מהיום ולאחר מיתה פסקינן כר"ל דקניין פירות לא כקניין הגוף דמי משום דהכא לגבי בריה אחולי מחיל דהכי מצריך להו הגמ' בפ' יש נוחלין לתרי מילי דר"ל דהכא בגיטין ודהתם בשכותב לבנו אבל בעלמא קיי"ל דהקניין הגוף דמי. עוד כתבו לתרץ דדווקא ר' יוחנן אית ליה דמחזירין זה לזה ביובל אבל שאר האמוראים סברי אע"ג דלקוחות הן אין מחזירים דמכר הוא דאמר רחמנא ליהדר. ירושה ומתנה לא. עיין שם בגיטין ובב"ק. והנה בשאגת אריה סי' נ' הקשה ג"כ על הרמב"ם דפסק האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל ופסק נמי דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי. שכתב בפ"ד מהל' בכורים המוכר שדהו לפירות הלוקח מביא ואינו קורא דקנין פירות אינו כקנין הגוף ע"כ. א"כ תקשה הא דר' יוסף דלא מצינו דמייתי בכורים אלא חד בר חד. ותירוץ התוספות לא אתי שפיר לתרץ דברי הרמב"ם דפסק בפירוש מחזירין זה לזה ביובל. וגם פסק דאפי' לגבי אחר דלאו בריה נמי קניין פירות לאו כקנין הגוף דמי וודאי קשה:

והנה ראיתי בס' קהלת יעקב להגאון ר"י מקרלין שכתב לתרץ דברי הרמב"ם וז"ל. אמנם לפע"ד נראה לתרץ כ"ז דהנה יש להסתפק למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי איך הדין אם מכר שדה לזמן וגלי המוכר דעתו שבתוך הזמן מקנה לו ג"כ הגוף אם מהני הקנאתו שיקנה הלוקח גם הגוף בתוך הזמן. משום דנפרש דקנין פירות לחוד לאו כקנין הגוף דמי. אבל אם גלי דעתו בפירוש שמקנה לו הגוף ג"כ מהני ונקנה לו הגוף בתוך הזמן. או נימא דקנין פירות פי' באם הגוף אינו קנוי לו לעולם לאו כקנין הגוף דמי. ואף בתוך הזמן. ואף דגלי המקנה דעתו שמקנה לו בתוך הזמן לגמרי לא מהני ולא נקנה לו הגוף ולע"ד פשוט דלר"ל אף דסובר קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי היינו מן הסתם אבל אם גלי דעתיה המקנה בפי' להקנותו גם הגוף בתוך הזמן מהני דהכי איתא בגמ' ב"ב (דף קל"ו ע"ב) דמותיב ר"י לר"ל מדתניא נכסי לך ואחריך יירש פלוני ואחריו יירש פלוני מת ראשון קנה שני מת שני קנה שלישי מת שני בחיי' ראשון יחזרו נכסים ליורשי ראשון. ואם איתא דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ליורשי נותן מיבעי ליה אמר ליה כבר תירצה ר' הושעיא בבבל אחריך שאני. וכן רמי רבא בר רב הונא קמיה דרב וא"ל אחריך שאני. ופי' רשב"ם אחריך שאני דמשמע דגוף ופירות נתן לראשון דהא בהדיא כו' דהכי קאמר ליה כל ימי חייך יהי' הכל שלך הגוף והפירות ומה שישתייר אחריך יקבל פלוני ואם היה רוצה הראשון יכול למכור הגוף. ופריך בגמרא והתניא יחזרו ליורשי נותן. תנאי היא דתניא נכסי לך ואחריך לפלוני וירד הראשון ומכר ואכל השני מוציא מיד הלקוחות דברי רבי רשב"ג אומר אין לשני אלא מה ששייר ראשון ע"כ מצינו להדיא דר"ל והאמוראים הנזכרים מהלקים והסוברים דאף דקנין הפירות לא כקנין הגוף דמי אחריך שאני כיון דגלי המקנה בפירוש שבתוך הזמן עד שימות מקני ליה הגוף והפירות יחד מהני ליה שיקנה הגוף ג"כ בתוך הזמן ומוקמי פלוגתת ר' ורשב"ג באחריך ותרווייהו סבירא להו קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי והא דס' רשב"ג אין לשני אלא מה ששייר ראשון משום דאחריך שאני והלכה כרשב"ג דאין הלכה כר' אלא מחבריו לא כנגד אביו וכמו שמוכח ברא"ש פ' נערה (סוף סימן י"ח) ובכמה מקומות עכ"ד. אבל אנכי איני מבין דבריו בזה ולבבי לא כן ידמה. כי האיך למד מסוגיא דאחריך שאני דגם אם מכר לו הפירות על זמן קצוב והקנה לו גם הגוף בתוך זמן זה דמהני לר"ל לקים. דהתם שאני ולא דמי אחריך לנידן דידן דניחזי אנן גם לפי דברי הבעל קהלת יעקב אם מכר לו באופן הנזכר הלא בוודאי לא יוכל הלוקח למכור בתוך זמן זה הקרקע לאחר דאף אם הקנה לו המוכר גוף הקרקע בתוך הזמן הקצוב לו לאכול פירות. הלא בוודאי למכור הקרקע לאחר לעולם לא מכר לו ומכירתו אינה כלום אבל באחריך אם גם מכר הראשון. לרשב"ג. מכירתו קיימת ואין לשני כלום. אלא וודאי דהתם שאני דכיון דאמר לו אחריך הקנה לו כל הקרקע קניין עולמית גם אם ימכור יהיה מכירתו קיימת ורק אם לא ימכור וישאר הקרקע ברשותו בשעה שימות אז ישאר לשני. ולא ליורשין של ראשון. אולם אם לא שייר ראשון אין לשני כלום. אבל הכא לא הקנה לו רק לפירות ולזמן קצוב. ומה לי אם הקנה לו פירות לבד על זמן קצוב או הקנה לו גם הקרקע על זמן קצוב.

ואין להקשות לפי זה אם הוא מקנה להראשון התם באחריך קניין עולמית. איך יכול השני לקנות הנכסים אח"כ כשימות הראשון וישארו הנכסים קיימין הלא בעינן בזה תנאי כפול. כי הרי זה הוא תנאי שבאם ימכור לאחר יהי' מכירתו קיימת. ואם לא ימכור יקנה השני אחריו. ובזה בעינן תנאי כפול כתנאי דבני גד ובני ראובן. דזה אינו דלא מיבעי לפוסקים שהובא ברא"ש גיטין (פ"ז סי' ע') ובשארי ראשונים ואחרונים. עיין בש"ע אה"ע סי' ל"ח סעיף ג' דמעכשיו לא בעינן תנאי כפול. וע"ש הטעם. [והכא הוא בוודאי מעכשיו הקנה להשני באם ימות הראשון וישארו הנכסים קיימין ת"י דאל"כ בוודאי לא חלה המתנה לשני. דכיון שיצאו מרשותו לרשות הראשון לא יוכל עוד להקנות לאחר אלא ודאי מיירי הכא דמעכשיו הקנה להשני כנ"ל] מבו"ה לא בעינן תנאי כפול. ואף דלכאורה אינו מוכרח דמיירי כאן בשהקנה להשני מעכשיו. דאיתא בגמ' כתובות נ"ט ובגמרא (נדרים דף פ"ו ע"א) בסוגיא דהמקדיש מעשה ידי אשתו. אמר ר' אילא ומה אילו אומר לחבירו שדה זו שאני מוכר לך לכשאקחנה ממך תקדיש מי לא קדשה הרי נראה מזה דאף אחר שהשדה יצא מרשותו לרשות לוקח בשעה. עכ"ז כיון שבידו להקדישה עכשיו יוכל להתנות שיחול ההקדש בשעת שיבוא לידו וכמו כן ה"נ דאף אחר הנכסים יוצאין בשעת מרשות הנותן לרשות המקבל מתנה הראשון. מכ"ז כיון שיוכל בשעת ליתן הנכסים ליד השני עבור זה יכול ג"כ להתנות על אחר שיבואו כשבוא מחדש ולא בעינן בזה מעכשיו אבל גם זה אינו דלא מיבעי לדעת הר"ן דקאמר נדרים (ל' ע"א) דלא מצי הגמ' למיפשט בעיא דר' הושעיא בש הנותן שתי פרוטות לאשה ואמר לה באחת התקדשי לי היום ובאחת תתקדשי לי לאחר שאגרשך. מהא דר' אילא. דהאי התם

בדרב אילא שבידו להקדישה עכשיו וכיון שבידו להקדישה עכשיו יכול הוא ג״כ להקדיש לאחר זמן לפי שאותו הקדש עצמו שהוא מקדים לאח״ז אף מעכשיו יכול להקדישה משא״כ בנטיעות ובקדושי אשה שאותה קדושה שניה אי איפשר לה שתחול עכשיו שכיון שהוא מתפיס בהן קדושה ראשונה אי איפשר לה לקדושה שניה לחול עכשיו וכיון שכן איכא למימר דלאחר שעה נמי דהיינו לאחר פדיה וגרושין לא חיילא עכ״ל הר״ן וא״כ ה״נ דכוותיה דכיון דבעת שיעשה מעשה ונותן הנותן לראשון · אי איפשר למתנת השני לחול עכשיו דכיון דנותן בעת הנכסים לראשון · וגם בשעת מעשה יתן גם להשני ויעשה בעצמו סתירה שלא יחול מתנת השני וכיון שכן איכא למימר דגם לאח״ז נמי דהיינו בעת שימות הראשון לא חיילא המתנה אם לא כשהתנה ואמר מעכשיו כנ״ל · ואף להרשב״א שכתב שם בנדרים דה״ה דהוה מצי הגמ׳ למיפשט הך בעיא דר׳ הושעיא מהך דר׳ אילא הנ״ל דדמיין להדדי רק שהגמרא לא רצה למיפשט מהתם על אשר דשם הוא מימרא דר׳ אילא והגמ׳ רצה למיפשט ממתני׳ או מברייתא מכ״ז ראיה נכונה הוא דמיירי כאן דאמר מעכשיו דאל״כ תיקשי להרשב״א אמאי לא פשיט הגמ׳ הך בעיא דר׳ הושעיא מהך דאחריך לפלוני והתם ברייתא הוא אלא ודאי דמכאן אין ראיה דמיירי בדאמר הנותן מעכשיו ואף להפוסקים דסוברים דגם במעכשיו בעינן תנאי כפול עכ״ז מדברי התוס׳ (כתובות כ״ו ע״א) ד״ה הרי זו מקודשת ותנאו בטל וברא״ש גיטין שם ובדברי שארי אחרונים נראה בהדיא דאי לאו דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן ה״א דמשום תנאי אינו מבטל מעשה רק דגמרינן מתנאי בני גד ובני ראובן דאתי דיבור ומבטל מעשה וע״כ בעינן דוקא דומיא דתנאי בני גד ובני ראובן אבל לא · וא״כ הכא כיון דעושה מעשה ג״כ בנתינתו להשני ומעשה בודאי מבטל מעשה ולא בעינן בזה תנאי כפול · דמבני גד ובני ראובן ילפינן רק דבדיבור בעינן תנאי כפול כפי הנ״ל וכאן בודאי הוא מזכה להשני ג״כ ומעשה הוא עביד בזה · ודמיא להא (דגיטין דף מ׳ ע״ב) בגמ׳ שם האומר נתתי שדה פלוני לפלוני והוא אומר לא נתן לי חיישינן שמא זיכה לו ע״י אחר וכתבו בתוס׳ ד״ה חיישינן · האי חיישינן הוי ודאי כו׳ ע״ש וכמו כן הכא בוודאי זיכה לו הנותן ע״י מקבל הראשון אך אכתי תקשה לן לפי זה דהא קיי״ל דבדאורייתא אין ברירה וא״כ גם בממון אין ברירה כדמוכח בכמה מקומות וא״כ הכא גבי אחריך לפלוני הוא נמי ברירה דאם ימות ראשון ושייר הנכסים תחתיו אז יזכה השני ואם לא ישאר תחת הראשון לא יזכה השני וא״כ אמאי זכה השני ועיין בשטה מקובלת ב״מ גבי יאוש שלא מדעת הקשה ג״כ לימא דאין ברירה וע״ש והכא עדיפא · דמתנה הוא והתם הפקר ומאי שייך בהפקר דין ברירה ודו״ק · והנה אם נאמר דאף דקיי״ל לבדאורייתא אין ברירה הוא דוקא בתולה בדעת עצמו אבל בתולה בד״א יש ברירה ולכאורה כן משמע בש״ע אה״ע סימן קמ״ה סעיף ה׳ שפסק וז״ל שכיב מרע שרולה לגרש על תנאי אם ימות כו׳ אומר לה שנותן לה גט אם לא מתי לא יהיה גט ואם מתי יהיה גט מעכשיו כו׳ ע״כ ומבואר (בגיטין כ״ה ע״ב) בגמ׳ וז״ל דתנן מה היא באותן הימים ר׳ יהודה אומר הרי היא כאשת איש לכל דבריה ולכי מיית הוי גיטא ע״כ ופי׳ רש״י שם ולכי מיית הוי גיטא דקתני רישא הרי זו גט ואיירי ר״י במה היא באותן הימים אלמא לא פליג ברישא ולא אמרינן גט לאחר מיתה הוא כיון דאמר מעכשיו ואע״ג דשנתן לה הגט הוא מספקא ליה אם יחיה או ימות ותלה התנאי בדעת מי שמותו וחיו תלויין בידו וכשמת אמרינן הוברר הדבר למפרע דמשעת נתינה היה ראוי למוה מאולי זה וה״ל גט מההוא שעתא שעל מנת כן מסרו ואין זה כשאר תנאים שאדם מתנה בגט שבידו לקיימו ודעתו לקיימו כשמתנה עליהם ולכשנתקיים התנאי הוי גט למפרע דהתם לאו טעמא משום ברירה הוא אבל הכא דאין בידו ובשעת התנאי הוא ספק והתנאי מתקיים מאליו אי לאו משום ברירה לא הוי גט מהיום ע״כ ועי״ש בתוספות ד״ה ולכי מיית הוי גיטא דמסכים ג״כ לפירש״י א״כ לכאורה מבואר מזה דהתנאי בש״מ הוא ברירה התולה בדעת אחרים · ניחא אך לפי הנראה לכאורה יש פוסקים שחולקים על זה וס״ל דאף בתולה בדעת אחרים לא אמרינן ברירה · אך נראה לפע״ד לתרץ באופן אחר דאמרינן שם (בדף קל״ז ע״א) דרשב״ג אדרשב״ג לא קשיא הא לכתחלה הא דעבד אמר אביי איזו רשע ערום זה המשיא עצה למכור בנכסים כרשב״ג וכו׳ עכ״ל הגמרא וכיון דהראשון אינו רשאי למכור הנכסין ונקרא רשע אם מכר מסתמא בודאי לא ימכור ויבוא הנכסים ליד השני ולכן חל המתנה מה שנתן הנותן אף לשני ולא תלוי זה בברירה דמסתמא בודאי יבואו הנכסים ליד השני · [וכדומה לזה כתב הנימוקי יוסף בריש פרק השואל וז״ל ואי בעית אימא דה״ל את גופך לא תשאיל לי אלא עד משיכת פרתך פי׳ פרה במשיכה ובעלים באמירה · לא למימרא דבעליה משתעבדו באמירה שלא יוכלו לחזור בהם כי היכי דמקניא פרה במשיכה דהא אע״פ שהתחילו במלאכה יכולין לחזור בהם כדאיתא בפרק האומנין ע״ז אלא הכי קאמר ובעלים באמירה דאמירה דידהו כהתחלת מלאכה היא ובאמירה בעלמא חשוב כשאל דכתיב שארית ישראל לא יעשו עולה וכל שקיבל עליו לעשות מלאכתו בעליו עמו קרינן ביה שאין כאן ענין לקנין אחר עכ״ל] וכיון דנתבאר דמאחריך אין הוכחה כלל לדבריו בוודאי לא אתי שפיר כל דבריו אשר כתב · אבל גם לפי דבריו אשר כתב · שבהקנה לו בפירות הגוף בתוך שנות המכירה לפירות מהני · ג״כ לא אתי דבריו שפיר דאיך הביא ראיה מאחריך · דלר״ל הוא הדין כן דמהני בדהקנה לו בפירות · הרי גם ר׳ יוחנן נמי מודה באחריך דאל״כ איך הוא מכירת הראשון מכירה הא המוכר שדהו לפירות אינו יכול למכור השדה לאחר ובאחריך אמרינן דמכירתו קיימת · אלא ודאי דגם ר״י מודה דאחריך שאני להא דמותיב ר״י לר״ל מהא דנכסי לך ואחריך כו׳ כיון דהוא ג״כ ידע החילוק דאחריך שאני · ע״ז תירץ בבר השיטה מקובלת ב״ב שם ד״ה והתניא וז״ל די״ל דקסבר ר״י דהא דתניא יחזרו ליורשי ראשון אפי׳ לר׳ אתיא אע״ג דלית ליה לר׳ אחריך שאני כו׳ ע״ש · וא״כ לפי סברתו מאי קאמר ר׳ יוסף גיטין שם אי לאו דאר״י קנין פירות כקנין הגוף דמי כו׳ דלא משכחת דמייתי בכורים אלא חד בר חד הא ר׳ יוחנן נמי מודה באם הקנה לו הגוף דמהני · אלא ודאי תירוצו על הרמב״ם וסברתו אינם מובנים ונשאר קושייה השגת הראב״ד על הרמב״ם במקומה :

פרח ג אות ב

ונראה לפע״ד לתרץ דברי הרמב״ם הנזכר בטור טעם דהנה ז״ל הרמב״ם פרק י״א מהל׳ שמיטה ויובל (הל׳ כ׳) האחין שחלקו כלקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל כו׳ ע״ש והביא המל״מ שם ה״ל ה׳ וז״ל נסתפקתי במוכר שדהו בזמן היובל אם יכול הלוקח לחפור בה בורות שיחין ומערות · או דילמא אינו יכול לשנותו לפי שלא מכר לו אלא אכילת פירות · וראיתי לרבינו פרק כ״ג מהל׳ מכירה שכ׳ דהקונה לזמן קצוב בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם והנראה מדברי הראב״ד וה״ה שם דפשיטא להו דקונה בזמן שהיובל נוהג דעושה בשדה כל אפלו אעפ״י שידוע שיחזור הקרקע לבעליה ביובל וס״ל דרבינו דימה המוכר בזמן קצוב למוכר בזמן שהיובל נוהג ואני תמיה ע״ז מהא דאמרינן בירושלמי ס״פ השולח · קנה שדה ביובל ר׳ אילא אמר קנה קרקע ר׳ אבא בר ממל אמר לא קנה קרקע · מתיב ר׳ אבא בר ממל לר׳ אילא על דעתך דאת אמר קנה קרקע יחפור בה בורות שיחין ומערות · א״ל התורה אמרה ושב לאחוזתו בעינו ע״כ : נתבאר מזה דלכ״ע הקונה בזמן שהיובל נוהג אין הלוקח משנה אותו משום דכתיב ושב לאחוזתו · דומה למה שדרשו גבי עבד עברי דכתיב ושב למשפחתו כו׳

ה"נ גבי שדה בעינן שישוב לאחוזתו כמו שהיה מקודם. וא"ת דב"ש יש נוחלין בב"ב (דף קי"ב) הקשו למאן דבעי למילף ירושת הבעל מן התורה מדכתיב ואלעזר בן אהרן מת ויקברו אותו בגבעת פנחס בנו וכי מנין כו' דילמא פינחס זבן מזבן ותירצו פנחס זבינא מלית אמרת דא"כ נמצאת שדה חוזרת ביובל ונמצא צדיק קבור בשדה שאינו שלו ע"כ. ואי אמרת דמוכר שדה אינו יכול לשנותה לפי שלא מכר לו כ"א אכילת פירות תיפוק ליה דשדה דזבן פנחס לא היו יכולים לחפור בה קבר לאלעזר דאין לך שינוי גדול מזה. דהא כשחוזר אינו יכול לפנותו. הא לא קשיא משום דאפשר דברשות בעל השדה היה שיוכל לעשות ביה"ק ומש"ה הקשו דכיון שחוזר ביובל נמצא דצדיק קבור בקבר שאינו שלו דלענין חזרה דיובל לא מהני תנאה דמלבד דאיכא איסור אין מעשיהם מועיל עכ"ל המל"מ. והעתקתי לשונו מפני שנצרך לענייננו ונראה לי דגם הרמב"ם הוציא דין הנ"ל דהקונה לזמן קצוב עושה בהקרקע כאדם העושה בתוך הקרקע שקנה קניין עולם מהירושלמי הנזכר לעיל בהשגה למלך דמוכח מהירושלמי דדוקא המוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג ה"ל להירושלמי דאין הלוקח יוכל להפור בהקרקע בורות משום הקרא דכתיב ושב לאחוזתו. דהא ע"כ הקרא דושב לאחוזתו הוא גזירת הכתוב דהתורה גזרה שיחזיר להמוכר אחוזתו דאי לא גזרה התורה היו נמכר לצמיתות. וא"כ גם מה דילפינן מהקרא דושב לאחוזתו דחוזרת בענין שלא יוכל לחפור בה בורות שיחין ומערות הוא ג"כ מצד גזרת הכתוב דביובל חוזרת בענין דאין סברא לומר דעיקר הקרא דושב לאחוזתו הוא גזרת הכתוב ומה שילפינן ממשמעותיה דחוזרת בענין שלא יוכל לחפור בה בורות שיחין ומערות משמיענו דהדין יהיה נוהג אפילו בזמן שאין היובל נוהג ומכר שדהו לזמן שלא יוכל לחפור בה בורות. זה בוודאי אין סברא. אלא וודאי מה שחוזרת בענין לבעלים ביובל ולא יוכל לחפור בה בורות הוא רק גזרת הכתוב בזמן שהיובל נוהג. אבל הלוקח הקונה לזמן קצוב בוודאי עושה בהקרקע כפי מה שעושה הקונה קנין עולם משום דלית לן קרא ע"ז ומיובל לא נוכל למילף משום דהתם גלי קרא בהדיא כנ"ל ולקמן נוכיח עוד מהתלמודא דידן לזה דהלוקח לזמן קצוב יכול לבנות ולהרוס כפי הקונה קנין עולם ולא תקשה מדוע לא הביא הרמב"ם הדין דהירושלמי בקונה בזמן שהיובל נוהג דלא יוכל לחפור בורות שיחין ומערות בקרקע די"ל דהרמב"ם סבירא ליה כהמ"ד בירושלמי שם דלא קנה הקרקע כלל ובוודאי דלא נצרך להשמיענו דלא יוכל לשנות הקרקע. וזהו רק לפי הדין לדידן כפי שפסק הרמב"ם. אבל ר' יוחנן סובר דאף דקנין פירות כקנין הגוף דמי מכ"ז לא יוכל הלוקח לשנות הקרקע דלא אמר ר"י רק קנין פירות כקנין הגוף דמי ולא קנין הגוף ממש הוא אלא רק כמו דבקנין הגוף עומדת הקרקע ברשותו ומיקרי שלו כן ג"כ בקנין פירות דמי לקנין הגוף ועומדת ברשותו ומיקרי שלו ולכן לא אמר קנין פירות קנין הגוף הוא אלא רק כקנין הגוף דמי וכה"ג כתב השיטה מקובצת בב"ב (דף קל"ו) ד"ה והתניא וז"ל שם והא דמסקינן עלה אלא מיפק כ"ע לא פליגי דנפיק בה (פי' גבי אתרוג) מכרה או אכלה באנו למחלוקת רבי ורשב"ג אע"ג דנפיק בראובן דהיינו פירות דיהיב ליה באתרוג זה אפ"ה סבר ר' שאין כאן קנין הגוף אע"ג דליכא קנין הגוף קרינא ביה שלכם כיון שאינו משועבד לשני כל זמן שהוא ברשות הראשון כו' עכ"ל הש"מ שם וכמו שכתב הבעל ש"מ אליביה דרבי ה"נ ניחא לר' יוחנן דסובר דקנין פירות כקנין הגוף דמי היינו שיהיה מיקרי שלו שיהיה מביא בכורים וקורא אבל לא שיהיה כקנין הגוף ממש שיהיה גוף הקרקע שלו לגמרי כמו שנמכר לצמיתות מדאמר כקנין בכף הדמיון וכיוצא בזה מצינו שמדייק הגמ' בבא קמא (דף ל"ט ע"ב) אמר רבב"ח אמר ר"י טבח אומן שקילקל חייב כו' לא קשיא כאן בחנם כאן בשכר פי' הא דאמר ר"י חייב בשכר. מתיביה כו' בהמה לטבח ונבלה חייב מפני שהוא כנושא שכר ומשני הגמ' אימא מפני שהוא נושא שכר:

ועוד נביא ראיה ברורה לזה דר"י סובר דהקנין שלא קנה קנין עולמות אינו יכול לעשות בו כל מה שירצה. דגרסינן בגמ' ב"ק (דף ס"ח ע"א) איתמר המוכר לפני יאוש ר"נ א' חייב ור' ששת א' פטור ר"נ אמר חייב למכרו אמר רחמנא והא זבן ל"ש לפני יאוש ל"ש לאחר יאוש ר"ש א' פטור חיוביה לאחר יאוש הוא דאהני מעשיו. אבל לפני יאוש דלא אהני מעשיו לא מחייב דומיא דטביחה בעינן דאהני מעשיו כו' ת"ש וטבחו ומכרו מה טביחה שאינה חוזרת אף מכירה שאינה חוזרת אימת אלימא לפני יאוש אמאי אינה חוזרת אלא לאחר יאוש וש"מ חיובא לאחר יאוש הוא. תירגמא ר"נ פרט להקונה לו לשלשים יום. עוד שם בגמ' ע"ב מכלל דסבר ר"י לפני יאוש חייב לאחר יאוש מאי ר' יוחנן אמר חייב ור"ל אמר פטור כו' ופי' רש"י שם לעיל בסוגיא דתשלומי כפל לפני יאוש על הי' דר"נ פרט להקונה לו לל' יום וז"ל פרט להקונה כו' כלומר לעולם לפני יאוש והאי אינה חוזרת דקתני לא למעוטי היכא דלא אהני מעשיו דאע"ג דלא אהני חייביה רחמנא הואיל ושנה בחטא׳ אלא למעוטי הוכי דלא מכר גנב ללוקח אלא לעשות בה מלאכה ל' יום דהוא כשכירות בעלמא עכ"ל. ולכאורה דברי רש"י הנ"ל התמוהים מאוד. דמה צריך רש"י לפרש דהוא כשכירות בעלמא. בהקונה לו לל' יום הא מכר הוא. דמצינו דקרא התורה מכר במוכר שדהו ביובל אע"ג דלא הוי קנין עולמית אלא ודאי דגם במוכר לזמן קצוב מיקרי ג"כ מכר ושייך ע"ז לשון מכירה. והוה ליה לרש"י ז"ל למסיק ולפרש דאע"ג דהקונה לו לל' יום ומכר מיקרי. עכ"ז כיון דלא מכר לו מכירה עולמית איצטריך קרא ע"ז למעוטי. וצ"ל לתרץ זה דהנה התוס' שם ע"ב הקשה על הא דקאמר שם הגמרא ע"ב אמר ליה ר' יוחנן לר"ל לקיים גניבה בנפש תוכיח שאין יאוש בבעלים וחייב כו' והקשה התוס' שם ד"ה גניבה. וא"ת גניבה בנפש שאני דלא איתקיש לטביחה. וי"ל דה"נ לא איתקיש לטביחה (פי' מכירה לא איתקש לטביחה בהיקש) אלא בלא היקשא יליף מטביחה ולהכי קאמר ר"י אדרבה אית לן למילף מכירה ממכירה (פי' מכירה דטבחו ומכרו ממכירה דגונב נפש) ורש"י חשב זאת לדוחק תרוצו דהתוס' דלאו היקש הוא ביון דהגמ' קאמר בהדיא וטבחו ומכרו מה טביחה כו' נראה דהיקש גמור הוא. עוד שנית היה קשה לרש"י דלפי הנראה מהגמ' דנחשב זה להיקש גמור איך מתרץ ר"נ פרט להקונה לו לל' יום כיון דהיקש גמור הוא ודאי לכולי מילתא הוה צריך לן לאקשה לטביחה דבעינן אהני מעשיו לגמרי כמו בטביחה. וא"כ יהיה החיוב לפ"ז דוקא לפני יאוש כפי הקס"ד דהגמ'. ע"כ נראה דרש"י מפרש דברי הגמרא כך. דהס"ד דגמרא דקא מותיב מהברייתא דמה טביחה שאינה חוזרת היה סבר דההיקש מכירה לטביחה הוא על הפעולה אשר יוצא מהני'. והוא מה טביחה שאינה חוזרת פי' הדבר היוצא מפעולה של טביחה הוא אינה חוזרת כלל ולעולם. אף מכירה יהיה הפעולה שאינה חוזרת כלל ולעולם. דבעינן דומיא דטביחה דאהני מעשיו לגמרי וע"כ מיירי בוודאי לאחר יאוש דאי לפני יאוש לא מהני מעשיו לגמרי כמו בטביחה. כיון דהמכירה חוזרת. והמתרץ השיב לו דההיקש שמקיש התורה מכירה לטביחה לא על הפעולה קא מקיש התורה כדעתך אלא שיעשה מעשה בגוף הבהמה במכירה כמו בטביחה ולזה הקישה התורה היינו כמו שבטביחה עושה מעשה בגוף הבהמה כמו כן יהיה המכירה שיעשה מעשה בגוף הבהמה שתהיה מכירה עולמית אף שלפי הדין אינה מכירה כיון שמכרה לפני יאוש מ"מ הגנב עושה מעשה בגוף הבהמה כפי רצונו שמוכר את הבהמה בעלמא שמוכר מכירה עולמית והוה דומיא דטביחה שגם שם עושה מעשה בגוף הבהמה אבל לזה לא היקשה התורה דכמו גבי טביחה אהני מעשיו כמו כן גבי מכירה יהיה נמכר באופן שתהני מעשיו דהיינו שמכרה לאחר יאוש. דהא אב לא היקשה התורה מכירה לטביחה היינו אומרים כיון דמכרה באיזו אופן שמכרה הן לפני יאוש הן אפי' הקנה לל' יום. ודי לנו שההיקש יוצא ממשמעותיה דקרא דכתיב למכרה

הכא דמשמע דבכל גוונא משלם תשלומי ארבעה וחמשה למעט ההיקש פרט להשקנה לשלשים יום שאינו משלם תשלומי ארבעה וחמשה · אבל אם מכרה לפני יאוש משלם תשלומי ד׳ וה׳ כיון דכתיב בתורה ומכרה הכא · והפירוש הברייתא כך הוא לפי המתרץ מה טביחה שאינה חוזרת · פירוש מפני מה אינה חוזרת מפני שעושה מעשה בגוף הבהמה אף מכירה שאינה חוזרת פירוש שיעשה מעשה בגוף הבהמה היינו שמוכר גוף הבהמה ולאו הפירות שלה · ובאיזה אופן נמכר גוף הבהמה היינו שמוכרה עולמית שאינה חוזרת לאחר ל׳ יום דאי כשהקנה רק לל׳ יום לא מכרה לגוף הבהמה רק מכר לפירותיה והוה רק כמו שכירות בעלמא וזה שאמר ר״נ פרט לשהקנה לל׳ יום דכשמכרה רק לל׳ יום ס״ל לר״נ דלא קנה בגוף הבהמה רק קנה את הבהמה לפירותיה · ולכאורה יש לדחות זאת דהא איתא בגמ׳ ב״ב (קמ״ז ע״ב) אמר רבא אמר רב נחמן ש״מ שאמר ידור פלוני בבית זה · יאכל פלוני פירות דקל זה לא אמר כלום עד שיאמר תנו בית זה לפלוני וידור בו תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו כו׳ ע״כ ופסק כן הרמב״ם פ׳ כ״ב מהל׳ מכירה ובחו״מ סי׳ רי״ב סעיף א׳ שגם בברי הדין כמו שכתיב מרע ע״ש וכתב הה״מ זה מוסכם מהגאונים ז״ל ומבואר מגמ׳ הנזכר במימרא דר״נ גבי ש״מ ולפי זה המקנה המוכר שדהו לחבירו לפירותיו צריך הוא להקנות לו ג״כ גוף הקרקע לפירותיו דאל״כ לא חל הקנין לר׳ נחמן וא״כ סבירא ליה לר״נ בהדיא דאף אם לא הקנה לו הקרקע קנין עולמות רק לפירותיו יש לו ג״כ קנין בגוף הקרקע אבל להמעיין בזה זה אינו כלום דהתם קנוי לו גוף הקרקע רק לענין פירות אבל לענין אחר כגון להפור בה בורות שיחין ומערות לזה אינו קנוי לו הקרקע · וע״כ לא מיקרי ג״כ הקנין זה קנין בגוף הקרקע אלא רק קנין פירות כי לא הקנה לו גוף הקרקע רק שיהיה חל קנין הפירות שמכר לו אבל לדבר אחר אינו קנוי לו הקרקע רק אם הקנה לו קנין עולמות · וזהו שדייק רש״י ז״ל בלחות לשונו ומפרש דהוי כשכירות בעלמא אף דלפי האמת נקרא גם זה מכר מ״מ הוי כשכירות כיון שאין לו קנין בגוף הבהמה רק לפירותיה והוה כמו שמכר בהמה שגם בשכירות שכר פירותיה ולא גוף הבהמה שם [וכה״ג מלינו פלוגתא דתנאי לקמן (ב״ק ע״ח ע״ב) בפירוש ההיקש דטביחה ומכירה להדדי ע״ש] ובזה מיושב קושיית התוס׳ · דלא קשה איך קאמר הגמ׳ גניבה בנפש תוכיח · והלא כאן איתקיש לטביחה ושם לא הוקש לטביחה דוודאי ר״י סובר ההיקש דטביחה למכירה דבזה לא פליג שום אמורא · רק ר״י סבר כר״נ דחיובא ג״כ לפני יאוש · וא״כ קשה לדידיה קושיית הברייתא מה טביחה שאינה חוזרת ומוכרח הוא לתרץ כר״נ דפרט שהקנה לל׳ יום פי׳ דההיקש אינו בא רק להקיש דכמו טביחה הוא בגוף הדבר כן יהיה גם המכירה כפי הנ״ל ומשו״ה קאמר ר״י לר׳ אלעזר גניבה בנפש תוכיח פי׳ שגם מזה מוכרח שההיקש מכירה לטביחה לא בא אלא ע״ז שיהיה המכירה בגוף לא על דבר אחר וא״כ לא קשה כלום :

היוצא מזה דר״י סובר דדבר הקנוי לו רק לפי שעה לית ליה בגוה אלא קנין פירות לא קנין הגוף והלכך אתי שפיר הרמב״ם הנזכר לעיל בפיסקין דקנין פירות והאחין שחלקו כו׳ דר׳ יוסף אמר אי לאו דאר״י קנין פירות כקנין הגוף דמי לא משכחת דמייתי בכורים אלא חד בר חד כו׳ פי׳ דווקא לר׳ יוחנן דס״ל דדבר הקנוי לו לזמן קצוב אין לו בה קנין הגוף שיעשה בה כפי אשר רשאי לעשות בדבר הקנוי לו קנין עולם וא״כ אי לאו דאמר קנין פירות כקנין הגוף דמי (ופי׳ שדמי לקנין הגוף דמיקרי שלו וכפי אשר כתבתי לעיל בזה בשם השיטה מקובלת) לא משכחת דמייתי בכורים כו׳ כיון דקנין לפי שעה לדידיה אין עומד ברשותיה שיוכל לחפור בקרקע בורות · וא״כ אם לא יסבור דגם קנין פירות דמיקרי שלו לא משכחת דמייתי בכורים כו׳ אבל להרמב״ם יהיה ניחא דהרמב״ם אף דסובר דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי הוא דווקא במכר שדה לפירותיה אבל אם מכר לזמן קצוב יש לו להלוקח קנין בגוף הקרקע לבנות ולהרוס כדבר שקנה קנין עולם לפי דברינו הנזכרים בסברת הרמב״ם וא״כ משכחת אליבא דהרמב״ם דמייתי ביכורים במכר לזמן קצוב דיש לו קנין בגוף הקרקע ומיקרי וודאי שלו · ואף דהרמב״ם פסק לעיל בהא דהמוכר בזמן שהיובל נוהג לא קנה בגוף הקרקע לפי דברינו הנזכרים מ״מ לפי פירוש רש״י בגיטין (דף מ״ח ע״א) גבי האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל פי׳ רש״י וז״ל לתהילתו ומשום מצות יובל והדר שקל כדמעיקרא עכ״ל ע״ש וכן כתב הרמב״ם בפ״י האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל לא תבטל חלוקתן מכמו שהיתה עכ״ל (פי׳ כוונתו שלאחר שהחזירו זה לזה ביובל תחזור הקרקע מחדש למי שהיתה בתחלה ורק לקיים מצות יובל מחזירין זה לזה) וכיון שהלק כל אחד נשאר אצלו בודאי דעת המקנה להקנות לאחיו גם הגוף כיון שחלוקתן קיימת לעולם ובודאי יכולים האחים להתנות כן כדכתב המל״מ שם בסוף דבריו דיכול למכור שדהו לבית הקברות ולחפור בה ע״ש ואף הזה לא יכול להתנות שבל תחזור השדה ביובל דהוה מתנה על מה שכתוב בתורה מ״מ בזה מהני תנאה דיכול להתנות שיוכל להפור בה בורות שיחין ומערות וכדמביא ראיה מהגמ׳ דבבא בתרא עיין שם · ולקמן אביא ראיה להרמב״ם גם מהתלמודא דידן דמוכר לזמן קצוב יש להלוקח קנין בגוף הקרקע :

ולכאורה קשיא על דברינו דהא הרמב״ם פסק בפ״א מהלכות גניבה הלכה ט״ז וזה לשונו הגונב בגנב וטבח ומכר לפני יאוש בעלים אף על פי שלא קנה לוקח והרי הגנבה חוזרת בעצמה מיד הלוקח הרי זה משלם תשלומי ארבעה וחמשה כו׳ עכ״ל ולפי זה קשה קושיית הגמרא מהברייתא מה טביחה שאינה חוזרת כו׳ אליבא דהרמב״ם וצריך לתרץ תירוצא דרב נחמן פרט לשהקנה לשלשים יום וא״כ מוכרחים לומר גם אליבא דהרמב״ם דהקנין שאינו קנוי רק לפי שעה אינו קנוי קנין הגוף רק קנין פירות לפי דברינו דלעיל בדברי רב נחמן ואם כן יהיה פסקי הרב רבינו משה בר מיימון זה סותר לפסקו דפרק כ״ג מהלכות מכירה הנזכר בדברינו לעיל דהא הקונה לזמן קצוב יש לו קנין בגוף הקרקע · אך הרמב״ם כתב שאם הקנה לאחר ל׳ יום פי׳ שאחר שלשים הסי׳ קנוי׳ לו ויתחיל המקח וא״כ לא קשה מדי · ולכן פסק כרבינא שהוא בתרא דאמר בבבא קמא (דף כ״א ע״ב) דפלוגתא דרבנן ורבי אליעזר בן יעקב דנדרים ב׳ אי אין ברירה או יש ברירה וכיון דפלוגתא בברירה מוכח דדבר הקנוי לפי שעה קנוי לו קנין הגוף כאשר אבאר · ורבי יוחנן פליג על רבינא וסובר דפלוגתייהו דרבנן ורבי אליעזר בן יעקב בקנין פירות אי כקנין הגוף דמי אי לא · ולכן לא מוכח דקנין הקנוי לפי שעה יהיה קנוי לו קנין הגוף · דלכאורה קשה · דקדוקים הרבה בגמ׳ גיטין בהא דקנין פירות אי כקנין הגוף דמי או לא (א) אמאי היה לו לר׳ יוחנן בעצמו לאמר שני דברים לאשמועינן דקנין פירות כקנין הגוף דמי בשלמא סתמא דגמ׳ שפיר קא עביד הצריכותא · דהא דהמוכר שדהו לפירות אשמועינן לרבותא דר״ל · אבל על ר״י בעצמו קשה לכאורה הדקדוק הב׳ דלמה להו לר״י ור״ל למיתני פלוגתא באנפי נפשייהו בהא דקנין פירות הלא פלוגתא דתנאי הוא בהא דהמוכר עבדו ע״מ שישמשנו שלשים יום · דר״מ סבר קנין פירות כקנין הגוף דמי ור׳ יהודה סבר לאו כקנין הגוף דמי · ור׳ יוסי מספקא ליה · ואף שבתוספות נדחקו בזה (עיין בגמ׳ ב״ק דף ל׳ ע״א) ובתוספות ד״ה ר׳ מאיר · ובגמ׳ ב״ב (דף כ׳ ע״א תוספות ד״ה קסבר ע״ש) אבל בחידושי הר״ן בגיטין שם קאמר שם בפשיטות דר״מ ור״י פליגי בקנין פירות ע״ש וא״כ הוה להו לר׳ יוחנן וגריש לקיש לומר · הלכה כר״מ ור״י · — · דיקדוק ג׳ אמאי קאפסיק ר׳ יוחנן קנין פירות כקנין הגוף הלא קיי״ל ר״מ ור״י הלכה כר״י וכ״ש נגד ר׳ יוסי · — · ובכדי ליישב כ״ז נראה דהרמב״ם מפרש דר״י הוציא דין דקנין פירות מגמ׳ דנדרים (דף מ״ה ע״ב) בריש פרק השותפין פליגי שם רבנן ור׳ אליעזר בן יעקב · בהשותפין

בנדרו

שנדרו הנאה זה מזה אסורין ליכנס לחצר ראב"י אומר זה נכנס לתוך שלו כו' והראשונים הקשו ע"ז וע"ש בר"ן דנה"ק (דף נ"ה ע"ב) אוקמא רבינא פלוגתא דרבנן וראב"י בים ברירה דראב"י סובר דיש ברירה ואנן קיי"ל כראב"י בכל מקום · ואנן קי"ל דבדאורייתא אין ברירה · וע"כ נראה לו להרמב"ם דר' יוחנן דסובר בעצמו אין ברירה לא נראה לו לאוקמיה פלוגתא דראב"י ורבנן בהא דיש ברירה · אלא סובר דפלוגתא דרבנן וראב"י הוא בקנין פירות אי כקנין הגוף דמי [דהא כאן בשותפין הוא קנוי לכל חד קנין פירות חלק חבירו וכמו שכתב הר"ן שם וז"ל בתוך תירוצו לקושיא הנ"ל באמצע דבריו · ובודאי יכול כל אדם להקנות חודש א' לראובן וחודש א' לשמעון ובזמן כל א' וא' קנוי הוא לו לגמרי · דהיינו נכסי לך ואחריך לפלוני כו' ע"ש וע"ש עוד בר"ן (דף כ"ט ע"א) ד"ה אמר לו אביי כו'] דרבנן סברי קנין פירות דכל שותף לאו כקנין הגוף דמי הלכך קונמות מפקיען מידי שיעבוד · וראב"י סובר קנין פירות כקנין הגוף דמי ומשו"ה לא יכול לאסור על חבירו · דאינו קנין שיעבוד אלא קנין הגוף והלכך פסק ר"י כראב"י דקנין פירות כקנין הגוף דמי — · ומשו"ה ניחא ג"כ דקאמר ר"י גם בפלוגתא דבזמן שהיובל נוהג דקנין פירות כקנין הגוף דמי · כדי להסביר טעמיה מפני מה סובר קנין פירות כקנין הגוף דמי דהא ר"מ ור"י ס"ל כר"י ולכן אשמעינן בפלוגתא דהמוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג דגם זה מיקרי קנין פירות אף דקנוי ליה לפי שעה ולא מיקרי רק קנין פירו' כמו שכתב הר"ן הנ"ל וא"כ פוסק כראב"י — אבל הרמב"ם פוסק כרבא דפסק בהני תלת כר"ל ואחד מהם קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי (ביבמות דף לו ע"א) וכרבינא שהוא בתרא דסובר דפלוגתייהו דראב"י ורבנן הוא ביש ברירה או אין ברירה · וקושיית הראשונים מהא דקי"ל אין ברירה בדאורייתא · ניחא ליה בתי' הר"ן שם דאף דקי"ל בכל מקום דבדאורייתא אין ברירה · מכל מקום הכא פסקינן כראב"י דברירה דהכא שאני מכל ברירה הנזכר. בש"ס ע"ש בר"ן באורך · וגם לרבא דפסק כר"ל: דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי בודאי סובר ג"כ' דלראב"י דפסקינן כוותיה בכל מקום דקנין לפי שעה קנה ג"כ קנין הגוף דאל"כ הוה קונמות מפקיען מידי שעבוד · לכן ניחא מה שפסק הרמב"ם כר"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי · וגם פסק דאחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל · דלא קשה עליו קושיית רב יוסף בגיטין שם דלא משכחת דמייתי בכורים אלא חד בר חד וכו' · משום שפוסק כרבא וכרבינא דהם בתראי דהמה סברי דרבי אליעזר ב"י סובר דהקנין הקנוי לפי שעה קנה קנין הגוף ויכול לחפור בורות שיחין ומערות משו"ה מביא בכורים כיון דקנה גוף הקרקע · ואף דמבואר בירושלמי הנ"ל דהמוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג אינו יכול לחפור בה בורות שיחין ומערות דושב לאחוזתו בעיניה משמע א"כ לפ"ז אינו יכול להביא בכורים · מ"מ ניחא למ"ש לעיל בשם המשנה למלך דיכול להתנות שיכול לחפור בורות שיחין ומערות ולא נקרא מתנה על מה שכתוב בתורה · ולא תוכל לומר דמה שכתב הבעל משנה למלך דיכול להתנות שיכול לחפור בה בורות שיחין ומערות הוא רק לפי דבריו שסובר דמה שאינו יכול לחפור בורות שחין ומערות בזמן שהיובל נוהג הוא מצד הדין כמו שאינו יכול לחפור בורות שיחין ומערות אם קנה קרקע לזמן בזמן שאין היובל נוהג · וכיון שהוא רק מצד הדין בודאי יכול להתנות דהברירה בידו למכור באיזו אופן שירצה אבל לפי מה שכתבתי לעיל דהמוכר שדהו לזמן · בזמן שאין היובל נוהג יכול לחפור בורות שיחין ומערות אף בלא תנאי · ובזמן שהיובל נוהג דאינו יכול לחפור הוא רק מצד גזירת הכתוב ושב לאחוזתו בעיניה משמע · ולפ"ז אפשר לומר דאינו יכול להתנות לחפור בה בורות שיחין ומערות דזה מיקרי מתנה על מה שכתוב בתורה · אבל זה אינו כיון דבעל הקרקע בעצמו בודאי יכול לחפור בה בורות שיחין ומערות ויכול לעשות שליח שיחפור בה בורות שיחין ומערות · ואיך נוכל לומר דאינו יכול להתנות שיכול הלוקח לחפור בורות שיחין ומערות · אלא ודאי דיכול להתנות · וכיון שהלוקח יכול לחפור בה בורות שיחין ומערות בודאי קנה גוף הקרקע דהא אם רוצה לחפור את כל הקרקע עד כלותה ויתמלא מים רבתי · וכיון שקנה גוף הקרקע יכול להביא בכורים · ועוד נראה לי דאפילו אם תאמר שאינו יכול לחפור בה בורות וכו' בזמן שהיובל נוהג אף אם התנה. מ"מ קנה גוף הקרקע כיון דהכר הוכחנו. דרבי אליעזר בן יעקב דהלכה כמותו בכל מקום · סובר דהקנוי לפי שעה קנה גוף הקרקע · בודאי גם בזמן היובל נוהג קנה גוף הקרקע אף דאינו יכול לחפור דאינו תלוי זה בזה כמבואר בהדיא בירושלמי הנ"ל דאיתא שם מתיב רבי אבא בר ממל לר' אילא על דעתך דאת אמרת קנה קרקע יחפור בה בורות שיחין וכו' אמר לו התורה אמרה ושב לאחוזתו בעינן עכ"ל הירושלמי הרי מבואר להדיא כדברי. וכיון דקנה גוף הקרקע אף בזמן שהיובל נוהג לכן מביא בכורים · לפי זה ניחא דברי הרמב"ם בטוב טעם ודעת בעז"ה · ובזה מתורץ ג"כ דלא תקשי דרבא אדרבא כמבואר בתוס' גיטין (דף מ"ח) דרבא סובר כר"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי וס"ל ג"כ אין ברירה · וא"כ לא משכחת דמייתי בכורים · שהוא סובר ג"כ כהרמב"ם הנזכר · ואם נאמר עוד דרבא דפסק דאין ברירה הוא קודם שהדר ביה ממימרא דפרדיסא כדאיתא בב"מ (דף ק"ג ע"א) אתי שפיר יותר · דאזיל לשיטתיה דסובר גבי פרדיסא דגם שואל · קנוי לו לפי שעה קנין הגוף וכן דרבי אדרבי כמה שהקשה בה' קהלת יעקב בחידושיו לסוכה (דף מ"א) גם כן לא קשה לפי הנ"ל ועיין בזה היטיב :

פרח ג אות ב

חוץ לדרכינו יש ליישב דברי הרמב"ם על מה שהקשה בעל שאגת אריה בסי' ל' והבאתיו בפרח הקודם דהקשה על הרמב"ם כיון דפסק האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל ופסק נמי דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי · שכתב בפ"ד מהל' בכורים המוכר שדהו לפירות הלוקח מביא ואינו קורא דקנין פירות אינו כקנין הגוף ע"כ · אם כן תקשה הא דרב יוסף דלא מלינו דמייתי בכורים אלא חד בר חד · ותירוץ התוספות לא אתי שפיר לתרץ דברי הרמב"ם דפסק בפירוש מחזירין זה לזה ביובל · וגם פסק דאפי' לגבי אחר דלאו ברא נמי קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ודאי קשה · ע"כ דברי הגאון בעל שאגת אריה · ונראה לי לתרץ דהנה התוספות גיטין (דף מ"ז ע"ב) ד"ה טבל וחולין כו' הקשו על פי' רש"י שם גבי ישראל ועכו"ם שלקחו שדה בשותפות וז"ל התוספות · פי' בקונטרס (על ד"ה טבל וחולין) אין לך כל חטה וחטה שאין חציו טבל וחציו חולין וצריך לעשר מיניה וביה · לא מצינו על טבל גמור · ולא מטבל גמור עליו · מפני שמפריש מחיוב על הפטור ומפטור על החיוב · אבל כי מפרים מיניה וביה מעשר מן החיוב שבו על החיוב שבו · ומפטור שבו על הפטור שבו · ואפי' חלקו בספיקן הן עומדים דאין ברירה · וקשה דאמרינן לקמן דאי קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי והאחין שחלקו לקוחות הן · לא משכחת דמייתי בכורים אלא חד בר חד הא אפי' למ"ד אין ברירה יש לו בודאי חלק בו דמחייב בבכורים · והמותר שהוא חולין · מצי מקדיש ליה כדאמרינן בהמוכר את הספינה (ב"ב דף פ"א ע"ב) ודוחק לומר דלא משכחת דמייתי בכורים כהלכתן · שלא יצטרך להקדיש קאמר · דלישנא משמע דלא מייתי כלל קאמר כו' ע"כ · עוד אמרינן בגמ' ב"ב (דף פ"א ע"ב) גבי הקונה שני אילנות · דאמר ר"מ מביא וקורא · פריך הגמ' וליחוש דילמא לא בכורים נינהו · וקא מעייל וכו' ומשני דמקדיש להו ע"כ ופי' רשב"ם שם דילמא לאו בכורים נינהו · דשמא לא קנה קרקע וקא מעייל חולין לעזרה · ודהיינן בספרי כי ירחק ממך המקום וזבחת בריחוק מקום אתה זובח · ואי אתה זובח בקירוב מקום חולין שלך · וה"ה לכל הבאת חולין בעזרה שאסור · אי נמי מדרבנן דשמא איכא דחזי ליה דנותב כהן מגבה חולין כדינן · ובשור

קדשים הן הואיל והיתנייהו בעזרה · ואתו לזלזולי בקדשים ע"כ · ולפי זה אתי הרמב"ם שפיר דהנה המשנה למלך פ"ב מה"ל שחיטה ה"ל ג' ד"ה אבל ע"כ כו' · קאמר שם דהרמב"ם סובר דחולין בעזרה הוא דרבנן · וא"כ לא קשה אליביה דלא משכחת דמייתי בכורים · דנוכל לומר דהרמב"ם סובר גבי האחין שחלקו דאין ברירה · ולקוחות הן · דכל חטה וחטה הוא חציו של אח זה וחציו של אח זה דאין ברירה · וכטעמיה דר"ש · שהביאו התוספות לעיל · וא"כ יוכל כל א' וא' מהאחין להביא שפיר בכורים משום דכל חטה וחטה הוא מחצה בכורים · ומחצה חולין · ולהרמב"ם דס"ל חושב"ע דרבנן עיקר הטעם דאסור להביא חולין בעזרה הוא משום דגנאי הוא כפי' השני דרש"י הנ"ל · וכאן אין גנאי הוא · כיון דלא מצי למייתי הבכורים באופן אחר כיון דבכל חטה וחטה נמצא מחצה חולין ומחצה בכורים · וגדולה מזו כתבו בתוספות (מנחות דף פא ע"א) ד"ה אם איתא כו' וז"ל · והלכך ליכא למיפרך דמעייל חולין לעזרה כיון דלאחריות קא מיכוון · לורך קרבן ניכהו · ושפיר דמי · אע"פ שהן חולין כו' · והגמ' בב"ב שם דפריך לר"מ · דילמא להו בכורים ניכהו וקא מעייל חולין לעזרה · התם שאני משום דהתם ספיקא הוא דלמא להו בכורים הוא כלל · וקא מייתי חולין לעזרה · ואף למ"ד חולין שבעזרה דרבנן קושיית הגמ' אתי שפיר התם וכפי' רשב"ם שם · אבל הכא דבכל חטה וחטה בכורים והולין מעורבים שפיר יוכל להביא בכורים · ואינו צריך ג"כ להקדים הנאמר כפי קושיית תוספות בגיטין שם · דאין גנאי בזה · ואף בב"ב שם להרמב"ם אתי שפיר בפשיטות יותר · דשפיר מקשה הגמרא שם אליבא דר"מ דס"ל חולין שנשחטו בעזרה דאורייתא (קדושין דף נ"ז ע"ב) אבל לפי פסק הרמב"ם דהולין שנשחטו בעזרה דרבנן · שפיר יוכל להביא בכורים גם שם דספיקא דרבנן לקולא אבל ר' יוסף דפריך לר' יוחנן לא משכחת דמייתי בכורים פריך שפיר · ודוקא לר' יוחנן דאית ליה חולין שנשחטו בעזרה דאורייתא פריך (עיין בירושלמי פ"ג דערלה ובירושלמי פסחים פ"ב הל' א' דס"ל לר' יוחנן שם חושב"ע דאורייתא) ועיין בהרא"ש חולין פרק גיד הנשה סימן י"ז דמוכיח ג"כ מתלמודא דידן דר"י סובר חושב"ע דאורייתא אף שנתקשה בעל אורה מישור (נזיר דף כ"ט) בדברי הרא"ש דמציין להרא"ש זאת · מתלמודא דידן · מכל זאת נוכל לסמוך על הרא"ש בזה · ומתתימא בזה · ומתתימא עליו עוד שלא הביא הירושלמי הנזכר ב' פעמים דר"י ס"ל כן · ועוד קשה לי על הרא"ש שנדחק להוכיח דגיד הנשה מותר בהנאה לר"י מחמת שסובר דחולין שנשחט בעזרה דאורייתא ע"ש בהרא"ש (והלא בירושלמי הנזכרים מבואר בהדיא דר"י אית ליה דגיד הנשה מותר בהנאה ע"ש וצ"ע) וא"כ כיון דר"י ס"ל חולין שנשחטו בעזרה דאורייתא פריך ר' יוסף שפיר לא משכחת דמייתי בכורים ואין לומר לר' יוחנן דמביא בכורים והנאמר יקדים · זה אינו דא"כ לא משכחת דמייתי בכורים כהלכתן כפי שכתוב בתוספות הנ"ל והרשב"א בחידושיו ע"ש · ולכאורה יש להקשות על דברינו דאיך נוכל לומר להרמב"ם דאם יכול להביא לעזרה המקצת · אף שהמקצת הב' הוא חולין מ"מ יכול להביאם לעזרה · והלא הרמב"ם פסק (בפי"ז מ"ה מעשה הקרבנות הל' ח') כרבי במנחות (דף ק"ו) גבי פירשתי ואיני יודע מה פירשתי כו' ע"ש · מחמת דאסור להכניס חולין לעזרה · אף שיש שם מקצת שמחוייב להביא כמבואר בתוס' מנחות (דף פ' ע"ב) ד"ה וכי מכניסין ע"ש אבל לא קשה כלום דהא מבואר בגמ' זבחים (דף מ"ג ע"ב) וז"ל הגמ' וה"מ אבר דמחבר אבל קומץ דמיפרת אימא לא ע"כ וא"כ ה"נ כן הוא דבשלמא גבי בכורים יוכל שפיר להביא דכל חטה וחטה מעורבים בכורים וחולין ומחוברים הן · ואין גנאי להביאם אבל גבי מנחות נפרדים המה זה מזה · [עוד יש לתרץ דגבי מנחות שאני · דאפשר לעשות כרבי ויש להם תקנה כרבי · לכן אסור להביא חולין לעזרה · אבל הכא גבי בכורים דלא אפשר באופן אחר מותר להביאם ואין גנאי משום דחולין שנשחטו בעזרה דרבנן ועיין בזה] :

פרח ד אות א

היוצא מדברינו במה שתירצנו הרמב"ם דקנין פירות כאופן הראשון · דהרמב"ם סובר דקנין לפי שעה קנין הגוף מיקרי ונקנה לו הגוף לפי שעה קנין גמור · ובזה יהיה ניחא ג"כ דברי הרמב"ם מה שתמהו כל הפוסקים עליו דז"ל הרמב"ם בפ"ד מ"ה איסורי ביאה הל' ע"ז *) · המקדש אשה שחציה שפחה וחציה בת חורין אינה מקודשת קדושין גמורין עד שתשתחרר · וכיון שנשתחררה גמרו קדושיה כקדושי קטנה שגדלה; ואינו צריך לקדשה קדושין אחרים · בא אחר וקידשה אחר שנשתחררה ה"ז ספק קדושין לשניהם עכ"ל · והקשו עליו כל מפרשיו וז"ל המ"מ שם המקדש כו' (בגיטין פ' השולח מ"ג ע"ב) פליגי אמוראים חציה שפחה וחציה בת חורין שנתקדשה אם קדושיה קדושין ופוסק רבינו כדברי האומר שהן קדושין · ושפחה חרופה האמורה בתורה היא זו · עוד שם חציה שפחה וחציה בת חורין שנתקדשה לראובן · ונשתחררה וחזר ונתקדשה לשמעון ר' יוסף בר חמא א"ר נחמן פקעי קדושי ראשון ר' זירא א"ר"ג גמרו קדושי ראשון א"ר"ז כוותיה דידי מסתברא · דכתיב לא יומתו כי לא חופשו · הא חופשו יומתו ונדחית ראיה זו שם והנראה מדברי רבינו שהוא פוסק כדברי האומר מקודשת שזו היא שפחה חרופה האמורה בתורה ופי' מקודשת אבל אינה כאשת איש שהרי אין בה מיתה וזה פשוט · וכשנשתחררה דעתו לפי הנראה כמ"ד גמרי קדושי ראשון וא"כ הוא יש לתמוה האיך כתב בא אחר וקדשה אחר שנשתחררה ה"ז ספק קדושין לשניהם דהא משמע דלמ"ד דגמרי קדושין ראשון דכיון שנשתחררה נעשית א"א גמורה ומומתין על ידה וכמו שנזכר בסוגיא ע"כ נ"ל בדעת רבינו כו' ע"ש עכ"ל :

וטרם אבוא לתרץ דברי הרמב"ם נלך לנו לבאר פלוגתייהו דריב"ח ור' זירא בגיטין שם · ונראה לי לומר דפליגי · בהא דאיתא דבזבחים (דף ק"י ע"א) בגמ' הם בעי ר' ילחק נפחא קומץ מהו שיתיר כנגדו בשיריים מישרא שרי או קלושי מקלש אליבא דמאן אי אליבא דר"מ דאמר מפגלין בחצי מתיר משרא שרי אי אליבא דרבנן דאמרי אין מפגלין בחצי מתיר לא משרי שרי ולא מקליש קלים · כו' אלא אליבא דרבנן דהכא מאי מישרא שרי או מקלש קלים תיקו · ע"כ · ופי' רש"י מהו שיתיר כנגדו · הקטיר קומץ לבדו ע"מ להתיר חצי שיריים ובורכן לחלקן מהו לאוכלן · מישרא שרי פלגא לגמרי או אקלושי מקלש לאיסורא דכולהו שיריים · וקומץ ולבונה תרווייהו אכולהו שיריים רמו וכי מקטיר לחד מקליש ליה איסורא · ומיהו לא איבתרי מידי מינייהו לגמרי ע"כ · ובזה נבין הפלוגתא בגמ' גיטין שם · דר' יוסף דאמר פקעי קדושי ראשון סבירא ליה דמקליש קליש איסורא דשפחה בעת שרבה שחררה חצי' אבל עוד איסורא רבעה עליה דכולה שפחה וא"כ כשנשתחררה עוד החציה הב' בא השיחרור והפקיעה ומקודשת לשני שהרי נשתנה גופה והוי לה כקטנה שנולדה (וכן כתב רש"י) אבל ר' זירא דאית ליה גמרי קדושי ראשון אית ליה משרי שרי כלומר משעה ששחררה רבה חציה החצי הזו מישרי שרי לגמרי ולא נשאר עלה דהשיה חציה שום לד איסור שפחה ובהפך החציה הב' היה כולה לד שפחה וכששיחררה רבה א"כ החצי' הב' פשטה קדושין בכולה וכדאיתא בקידושין (דף ז' ע"א שם) אמר רבא כו' חציך מקודשת לי אינה מקודשת כו' א"ל מר זוטרא בריה דר' מרי לרבינא · ונפשוט לה קדושין בכולה · מי לא תניא האומר רגלה של זו עולה · תהא כולה עולה כו' מי דמי התם בהמה הכא דעת אחרת; (פי' התם בהמה שלו · וא"כ היא כולה עולה · אבל גבי אשה דעת אחרת האשה יש לה ג"כ דעת · והוי לא תרלה) · וא"כ ה"נ גבי שפחה גמרי קדושי ראשון · כי מתחלה רצתה השפחה להתקדש לו בכולה ורק כיון שהיתה שפחה עוד · לא היה בהקדושין מקום לחול בצד השפחות שלה · ובעת כאשר נשתחררה ממילא הל הקדושין שקידש לה מקודם בחציה השני · — ואין לתמוה היך נוכל לומר שתהיה חציה

בפסח

*) דיני עבד ושפחה ושיחרור הנזכר פה היינו בימי הגמרא שהיה נוהג או שבדות אבל לא בזמה"ז

שפחה גמורה · ותליה בת חורין גמורה דבירושלמי שם איתא בהדיא כה"ג דאמרינן שם על מתניתין דחציו עבד וחציו בן חורין שם (בגיטין פ"ד הל' ה') קידש אשה ביום של מרא אין חוששין לקדושין · ביום של עצמו חוששין לקדושין · ולא כן אמר ר' חיי' בשם ר' יוחנן מי שחציו עבד · וחציו בן חורין קידש אשה · אין חוששין לקדושי' · דכוותיה גירש אין חוששין לגירושין · ע"כ ופי' שם הפ"מ · ביום ש"ע חוששין לקדושין דכבן חורין הוא · ולא כן כו' כלומר דמייתי ראיה מהא דאר"י בקדושין אם קידש אשה אין חוששין לקדושיו · וקאמר התם דכוותיה אם גירש אין חוששין לגירושין · והיכי משכחת ליה גירש · הא אין לו קדושין אלא ע"כ דביום של עצמו קדושיו קדושין · או אם קידש בן חורין השפחה שנשתחררה חצי' · והטעם בשניהם הוא משום דמחצה חירות שבהעבד או בהשפחה קנה לו קנין הגוף גמור · אף דהעבד ביום של רבו יהי' קנוי לרבו ג"כ קנין הגוף גמור · אכן קנין לפי שעה מיקרי ג"כ קנין הגוף · וכן בשפחה אף שחצי' של רבה קנוי לו קנין הגוף גמור · מ"מ הצד חירות שבה קנוי לה קנין הגוף גמור · ורק הירושלמי מיירי באם העבד נתרצה לו רבו לעבוד לו יום א' · והיום הב' יהיה שייך לו · ובתלמודא דידן מיירי שעוד לא נתרצה רבה · וע"כ אין לה יום בפ"ע ביחי' כולה שלה · ומש"ה צריכים אנו לומר בתלמודא דידן שאם נשתחררה אח"כ חצי' הב' אז גמרי הקדושין · אך זאת נשאר לנו לבאר מה שכתב הרמב"ם דאם בא אחר וקידשה אחר שנשתחררה הרי זה ספק קידושין לשניהם כיון דפוסק כמ"ד דגמרי קידושי ראשון הוה לה להיות מקודשת לראשון בודאי · וקודם שנתרץ זאת נקדים מה שכתב הרמב"ם (בפ"ג מהלכות אישות הלכה יוד) וז"ל שם אמר לה הרי חציך מקודשת לי בפרוטה וחציך בפרוטה כו' הרי זה מקודשת · אמר לה חציך מקודשת לי בפרוטה היום וחציך בפרוטה למחר · ב' חציך בפרוטה כו' בכל אלו מקודשת בספק עכ"ל והקשה עליו מהרי"ט ושאר גדולי חקרי לב · דהתוס' הקשו בקדושין (דף ז' ע"ב) בד"ה חצייך בפרוטה על הא דבעי רבא חצייך בפרוטה וחצייך בפרוטה מהו הקשו התוס' וז"ל וא"ת אמאי לא יועיל והא לא אמר לעיל דלא פשטי קדושין בכולה אלא משום דאיכא דעת אחרת · ואינה מתרצה אלא למה ששומעת אבל אם היינו יודעים שמתרצה בכולה פשטה קידושין בכולה · והכא גלי דעתה שמתרצה בכולה · ויש לומר דאי הוה מיירי דאמר לה בלשון קדושין אין ה"נ דהוו פשטי קידושין בכולה אבל הכא איירי דאמר לה הרי את מאורסת לי או בחד מהני לישנא דלעיל עכ"ל (פירש לדבריהם דכתבו שם בע"א בד"ה ונפשטו כו' דדווקא אם אומר בלשון הרי את מקודשת לי דהוא לשון הקדש לזה פריך ונפשטי קדושיה בכולה · דדינה להיות כהקדש וכדאמר בריש פירקין דאסר לה אכו"ע כהקדש באדם עושה אותה כהקדש אבל אם אומר מאורסת או מחד מהני לשנא דלעיל · על זה לא היה מקשה ונפשטי קדושין בכולה לפירוש זה ע"כ) · א"כ קשה איך פסק הרמב"ם דאף אם אמר לה בלשון הרי את מקודשת לי חצייך היום וכו' דמקודשת בספק קשה לה קושית התוס' הנ"ל דנפשטי קדושין בכולה ועיין שם בלח"מ משנה :

ונראה לי לתרץ קושית התוספות דרבא אזיל לשיטתיה דבעי רבא בתמורה (דף י"ח ע"ב) בעוף מהו (פירש היכי דאמר רגלה של עוף תיקדש אם פשטה קדושין בכולה או לא) בבהמה אמר רחמנא והאי לאו בהמה הוא או דלמא קרבן אמר רחמנא והאי נמי קרבן תיקו · עכ"ל הגמרא וכיון דבעי רבא בעוף מהו דהתם בודאי אמר בלשון הקדש ואפילו הכי בעי אי פשטה קדושין בכולה אי לא · מכש"כ דאיכא למיבעי באשה אם אמר הרי את מקודשת לי אי פשטה הקדושין בכולה או לא · ולכן לא קשה קושית התוס' הנ"ל דנפשטו הקדושין בכולה ותהי' מקודשת בוודאי · ולפ"ז לא קשה ג"כ על הרמב"ם דכיון דפסק כרבא דתמורה דים ספק בעוף אי פשטה קדושין בכולה אי לא (בפט"ו מהלכות מעשי הקרבנות הלכה ב') · מכש"כ גבי אשה דאיכא לספוקי או פשטה הקדושין או לא אף אם אמר לה בלשון הרי את מקודשת לי · לכן פסק הרמב"ם שפיר דלא הוי רק ספק קדושין · ולפ"ז ג"כ ניחא מה שפסק הרמב"ם (בפרק ד' מהלכות אישות הלכה ט"ז) גבי חציה שפחה וחציה בת חורין דאם בא אחר וקידשה אחר שנשתחררה הרי זה מקודשת לשניהם מספק · דכיון דפסק כרבא דתמורה שם דבעי בעוף וכו' מכש"כ דאיכא לספוקי גבי חציה שפחה וחציה בת חורין אם בא אחד וקידשה · דכיון דכתבנו לעיל דהרמב"ם פוסק כמ"ד דגמרי קידושי ראשון · וטעמא מפני דהחציה מן השפחה משוחררת בוודאי והחציה השניה של השפחה הוי שפחה בודאי והוה כאומר לה הרי חצייך מקודשת לי דבחציה השניה לא תפסי בה קדושין · כיון דהיא שפחה · אף שנתרצית שתפשטה הקדושין בכולה דהא קידשה לה כתם · מ"מ לא הוי רק ספק קדושין · כיון דבעי רבא בעוף מהו דים ספק · אף בעוף אם פשטה קדושין בכולה אי לאו מכש"כ דים ספק גבי חציה שפחה וכו' אי פשטה הקדושין בכולה אי לא כשנשתחררה אח"כ · ולכן פסק הרמב"ם דאם בא אחר וקידשה לאחר שנשתחררה דהרי זו מקודשת לשניהם מספק · ולא תקשה לדברינו האיך הוה ס"ד דמר זוטרא בריה דרב מרי דפריך לרבינא אליבא דרבא בקדושין שם (דף ז' ע"א) דנפשטו לה הקדושין בכולה · הא הפירכא הוא לרבא ורבא אית ליה דספק קדושין הוי · זה אינו קושי' דגם מר זוטרא לא פריך · אלא דיהיה ג"כ רק ספק קדושין ומדוע אמר דלא הוי אף ספק קדושין דרבא אמר בלשון אינה מקודשת · ומתרץ ליה רבינא מי דמי התם בהמה (פי' אין בה דעת אחרת דשלו היא ומי מעכב על ידו הלכך הוי קידשה בכולה ; ולרבא דוקא בהמה אבל בעוף אף דאין בה דעת אחרת אינו כלום דדילמא גזרת הכתוב הוא דווקא בהמה והלכך בעוף ספק הוא) אבל הכא דעת אחרת מעכבת והלכך אפילו ספק קדושין לא הוי (דדילמא אין האשה רוצה) ועיין בזה ולכן דברי הרמב"ם נכונים בטוב טעם ודעת :

פרח ד אות ב

לאחר כתבי זאת זה זמן כביר אמרו לי שבספר אבני מלואים בסימן ל"א בס"ק י"ז כתב ג"כ מקצת זה התירוץ על הרמב"ם וכתב ג"כ שאח"כ מצא מקצת מזה בספר שער המלך ואל אלקים יודע שכונתי ת"ל לדעת הגדול · ועיינתי שנית בדברי הרמב"ם הזה והאיר ד' את עיני וראיתי כי זה התירוץ אינו עולה כהוגן · שבתמורה (דף י"ח ע"ב) איתא בעיא דרבא בעוף מהו · בבהמה אמר רחמנא והא לאו בהמה הוא או דילמא קרבן אמר רחמנא והאי נמי קרבן הוא עכ"ל הגמרא משמע דוקא דאם תמצא לומר דאמרינן דבעוף תתפשט הקדושה בכולה היינו משום דקרבן אמר רחמנא שתתפשט קדושה בכולה ועוף נמי מיקרי קרבן אבל במידי דלא שייך למיקרי קרבן משמע מן הגמרא דודאי לא אמרינן שתתפשט הקדושה בכולה · אמת שלא עליהם בלבד קשה זאת כי גם על התוס' בקדושין (דף ז' ע"א) ד"ה ונפשטו וכו' ועל התוספות בע"ב ד"ה חצייך וכו' קשה שבארו הטעם מפני מה אמרינן שפשטה הקדושין בכולה גופה דמקודשת בלשון הקדש קאמר לה וכדאמר בריש פרקין דאסר לה אכולה עלמא כהקדש שאדם עושה אותה כהקדש לפיכך דינה כהקדש אבל אם היה אומר מאורסת או חד מהני לישני דלעיל על זה לא הוה מפשיט הקדושה בכולה וכו' עכ"ל התוספות שם הנה בגמ' הנ"ל מבואר דדוקא במאי דמיקרי קרבן הוא דאמרינן שתתפשט הקדושה בכולה אבל במאי דלא שייך למיקרי קרבן אף דאמר בלשון הקדש לא אמרינן שנפשטה הקדושה בכולה :

ונראה לפע"ד לתרץ דברי הרמב"ם בדרך אחרת לאמיתה של תורה · בתחלה אבאר הטעם מפני מה סברא אמרינן שנפשטה הקדושה בכולה [וא"ו אין אני טועה בדעתי שאני חולק על בעלי התוספות ז"ל אך אמת שבעת

זכני

אנכי עוסק בדברי הרמב"ם דהרמב"ם בחר לו דרך אחרת בזה לא שבק לי שעת לתרץ דברי התוספות] · דאיתא בכריתות (דף י"א ע"א) איזהו שפחה וכו' תנו רבנן והפדה יכול כולה ת"ל לא נפדתה יכול לא נפדתה ת"ל והפדה הא כיצד פדויה ואינה פדויה חציה שפחה וחציה בת חורין ומאורסת לעבד עברי דברי רבי עקיבא וכו' עכ"ל הגמרא · וכן פסק הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה (פרק ג' הלכה י"ג) שזהו שפחה חרופה האמור בתורה וכו' עכ"ל · לפ"ז מבואר בתורה שאדם יכול לקדש חצי אשה ומכש"כ שאדם יכול לקדש חצי אשה ישראלית מק"ו מה חצי' שפחה וחציה בת חורין דלא חזיא לכולה מקודשת מכש"כ בת ישראל דחזיא לכולה דודאי מקודשת וזה הק"ו איתא בגיטין (דף מ"ג ע"א) ואף שזה הק"ו איתא שם על חד לד דזה בעיא בגמרא שם ובלד השני אמרינן הא תמצא לומר בן ישראל שמקדש חצי אשה אינה מקודשת דשייר בקניינו והעבד לא שייר בקניינו וגם איתא התם דרש רבה בר רב הונא כהן שמקדש חצי אשה אינה מקודשת כך חציה שפחה חציה בת חורין שנתקדשה אינה מקודשת אמר ליה רב חסדא מי דמי התם שייר בקניינו הכא לא שייר בקניינו וכו' עכ"ל ולפי זה אין ראיה מחציה שפחה וחציה בת חורין דתפסי בה קדושין למקדש חצי אשה דיתפסו בה הקדושין . אך לפי דעתי הסברה נותנת שיתפסו קדושין אם מקדש חצי אשה ישראלית מק"ו מחציה שפחה וחציה בת חורין כמ"ש לעיל · אך מה שאיתא בגמרא דיותר תפסו קדושין בחציה שפחה וחציה בת חורין דלא שייר בקניינו מבת ישראל דלא תפסי בה קדושין אם מקדש חצי אשה דשייר בקניינו הוא מטעם דאיתא בקדושין (דף ס' ע"א) כל גיטא דמשייר בה ולא כלום הוא · וגם איתא בגיטין (דף פ"ב ע"ב) לבתר דאיבעיא לו הדר פשטה בין לרבי אליעזר ובין לרבנן בעינן ויצאה והיתה · ועיין בקדושין שם בתוס' ד"ה כל גיטא וכו' משום זה יותר תפס קדושין בחציה שפחה וחציה בת חורין מהמקדש חצי אשה בת ישראל והוא רק גזרת הכתוב דבעינן שלא ישייר בקדושין כמו גבי גט אבל אי אמרינן דאם מקדש חצי אשה בת ישראל דפשטה קדושין בכולה . נמצא דלא שייר בקניינו בודאי מקודשת ולהכי פריך בגמרא בקדושין (דף ז' ע"א) אמר ליה מר זוטרא בריה דרב מרי לרבינא ונפשטו לה קדושין בכולה מי לא תניא האומר רגלה של זו עולה תהא כולה עולה וכו' עכ"ל הגמרא ומהתם מוכח הא דבעינן קרא שיהיה חל ההקדש הוא רק דאי לא גילתה לנו התורה הוה אמינא דלא חל הקדש כלל אף על אותו אבר שהקדיש וכיון דגילתה לנו התורה שחל לכל הפחות ההקדש על אותו אבר שהקדיש זאת ידעינן מסברה מעצמנו דפשטה הקדושה בכולה וכולה עולה וכמו שיבואר :

דאיתא בתמורה (דף י"א ע"ב) תנו רבנן יכול האומר רגלה של זו עולה תהא כולה עולה ת"ל כל אשר יתן ממנו לה' יהיה קודש ממנו לה' ולא כולו לה' יכול תצא לחולין ת"ל יהיה קדש הא כיצד תמכר וכו' דברי רבי מאיר ורבי יהודה · רבי יוסי ור' שמעון אומרים מנין לאומר רגלה של זו עולה שכולה עולה שנאמר כל אשר יתן ממנו לה' כשהוא אומר יהיה קדש לרבות את כולה כו' עכ"ל הברייתא והנה לכאורה קשה על הברייתא כמה קושיות דאיתא בברייתא בדברי רבי מאיר ורבי יהודה יכול תצא לחולין מהיכי תיתי נימא שתצא לחולין הלא כבר הביא הפסוק כל אשר יתן ממנו לה' וילפי מניה ממנו לה' ולא כולה לה' ממילא ידעינן מהפסוק שחל עכ"פ ההקדש על אותו אבר שהקדיש · דהא כתיב ממנו לה' (ב) דאיתא בדברי רבי יוסי ורבי שמעון דחל הקדש על כולה משום שנאמר כל אשר יתן ממנו לה" למה הוצרכו ללמוד זה גם מן הפסוק ויהיה קודש · וא"ת דמהפסוק כל אשר יתן ממנו לה' לא ידעינן זה רק מויהיה קדש · לא הוה להו לכפול בדבריהם ולומר כשהוא אומר וכו' לאחר שהביאו הפסוק כל אשר יתן ממנו לה' אלא הוה להו למימר משום שנאמר כל אשר יתן ממנו לה' יהיה קודש לרבות את כולה · ונראה לפי עניות דעתי לפרש הסוגיא דר' מאיר ור' יהודה התחלו בלשון יכול · ולפי דעתי כל היכא דאיתא בלשון יכול הוא קאי על קרא דמקרא הוה אמינא זאת וכמדומה שגם מו"ה הגאון ר' שמעון זצ"ל הביא הרבה ראיות לזה · ועל קרא קאי ר' מאיר ור"י וקאי אקרא דיהיה קודש · ומיניה קודם הוה אמינא שכולה עולה וגם קאי תיבת יכול על הסברה החיצונה שמצד הסברה כשאומר רגלה של זו עולה פשטה קדושה בכולה כיון שכוונתו היה להקדיש את כולה כי בוודאי האבר שהקדיש בודאי קדוש לכן מצד הסברה החיצונה הוה אמינא שפשטה קדושה בכולה וכולה קדוש על זה הוצרכו ללמוד מתיבת ממנו לה' כי תיבת ממנו קאי אלפניו על תיבת כל אשר יתן ממנו דהיינו שהקדיש רק רגל אחת · וגם קאי אל אחריו על תיבת לה' להורות לנו שהדין שאינו קדוש רק הרגל שהקדיש · ואח"כ אומרים יכול תצא לחולין פירש כשהקדיש באופן זה שהקדיש רק רגל אחת וכוונתו היה שיהיה כולה קדוש ה"א תצא לחולין משום דאמירתו היתה בטעות ופיו ולבו אין שוין שבפיו לא הקדיש רק רגל אחת וכוונתו היה שתהיה כולה קדוש · ומה שמוכח מן הקרא כל אשר יתן ממנו לד' כשהקדיש רגל אחת שמקצתו קדוש · הקרא מיירי רק שכוונתו היה בשעה שהקדיש רגל אחת שלא תקדש רק אותו רגל ולכן עכ"פ הרגל קדוש כיון שפיו ולבו שוין · והשתא לא בא הקרא לאפוקי מסברא החיצונה דבודאי אם אין כונתו להקדיש רק רגל אחת בוודאי לא פשטה קדושה בכולה · ובזה עדיפא לדרוש באופן זה הקרא שתסתר הסברא החיצונה כמקדם · וכי תימא מה בא להשמיענו הקרא · ונראה לי דמשמיענו קרא משום דהוה אמינא שלא יהי' קדוש אפילו אותו רגל שהקדיש דיהיה הבהמה חצי' קדוש וחציה חולין משמיענו הקרא דמ"מ הרגל שהקדיש קדוש · ותיבת ממנו קאי אל פניו ואל אחריו כדכתבתי [ועיין בדברינו לקמן אי"ה] · ועי"ז אומר ת"ל יהי' קודש פירש דיהי' קודש מלמדינו שכוונתו היה שהקדיש בשעה רגל אחת שתהי' כולה עולה ואפילו הכי הדין שאינו קדוש רק הרגל שהקדיש כי תיבת יהי' קודש שנכתב בתורה אינו מורה לנו הדין אם פשטה קדושה בכולה או לא רק בא לגלות לנו דהקרא דממנו מיירי שכוונתו היה שיהי' קודש כל הבהמה · ורבי יוסי ורבי שמעון אומרים מנין לאמר רגלה של זו עולה שכולה עולה · פירש דגם הם סוברים דזאת ידעינן מצד הסברא אף אם לא גילתה לנו התורה שאם אומר רגלה של זו עולה פשטה קדושה בכולה רק הם באו לאפוקי ממה שלומדים רבי מאיר ורבי יהודה מן הקרא כל אשר יתן ממנו לד' דאינו קדוש כולה ומפקיעין מן הסברה החיצונה · על זה אמרו שאינו כן ואמרו מנין לאומר רגלה של זו עולה שכולה עולה שנאמר כל אשר יתן ממנו לד' פירוש שלא נכתב בתורה רק פעם אחת ממנו וקאי רק אל פניו על כל אשר יתן · וכיון דלא נכתב רק פעם אחת ממנו וקאי אל פניו (ועיין בע"ה בדברינו לקמן) ממילא נשאר לנו הסברה שפשטה הקדושה בכולה · ואח"כ אומרים כשהוא אומר יהי' קודש פירש דלמא מיירי הקרא כל אשר יתן ממנו לד' דוקא בשעה שהקדיש רגל אחת כוונתו הי' ג"כ רק על אותו רגל וכיון דפיו ולבו שוין לא הוה הקדש טעות · אבל היכא אם בשעה שהקדיש רגל אחת הי' כונתו על כל הבהמה הוה הקדש טעות כיון דאין פיו ולבו שוין · כשהוא אומר יהי' קודש בא לגלות לנו דהקרא דכל אשר יתן מיירי שכונתו היה שתהיה כולה קדוש כדכתבנו לעיל בדברינו לרבי מאיר ורבי יהודה · וכי תימא מה בא הקרא להשמועינן כיון דידעינן זאת מצד הסברה שפשטה קדושה בכולה א"כ למה לנו קרא · יש לומר דהקרא משמיענו דהוה אמינא דלא חל הקדש כלל כיון דלא הקדיש כל הבהמה ומשמיעינו הקרא דחל לכהפ"ח הקדש על אותו אבר שהקדיש וכיון דידעינן מקרא דחל הקדש לכהפ"ח על אותו אבר · ידעינן מצד הסברא שפשטה קדושה בכולה · וכיון דידעינן זאת מצד הסברה לא הוצרך הקרא להשמיענו שפשטה הקדושה בכולה כדאיתא בכתובות (דף כ"ב ע"א) למה לי קרא סברה הוא כו' ולא תיקשי על מה שכתבנו דאם מיירי הקרא דכל אשר יתן ממנו לד' שכונתו

היה

היה בשעה שהקדיש רגל אחת מתחילה הקדש כל הבהמה · א"כ הוה הקדש טעות ולא שמיה הקדש כדאמרינן בכמה דוכתי די"ל לומר דהא דאמרינן דהקדש טעות לאו שמיה הקדש היינו דוקא להיכי שבלבו הי' שלא להקדיש מה שהקדיש בפיו · אבל הכא שבלבו הי' להקדיש יותר ממה שאמר בודאי עכ"פ חל ההקדש על אותו אבר שאמר דעל אותו אבר שאמר לא נמצא בו טעות וכיון שחל ההקדש על אותו אבר פשטה הקדושה בכולה כיון שכונתו להקדיש את כולה · וגדולה מזו איתא במנחות (דף פ"א ע"ב) רבי יוחנן אמר אפילו תימא בית הלל באומר אילו הייתי יודע שאין נודרין כך לא הייתי נודר כך אלא כך כו' עכ"ל הגמרא אלמא אפילו היכא דפיו ולבו לא נדר רק אומר אילו הייתי יודע הייתי נודר כך ומכ"ש היכא דהיה בלבו בעת שהקדיש אבר אחד דתקדש כולה דפשטה הקדושה בכולה · ובזה יהיה ניחא הא דאמרינן דכו"ע מודים כשהקדיש דבר שהנשמה תלויה בו שפשטה הקדושה בכולה דלכאורה לא ידעינן מנין לנו זאת ולפי דברינו ניחא כיון דרבי מאיר ורבי יהודה ג"כ סוברים מצד הסברה פשטה הקדושה בכולה רק שהתורה גילתה לנו שלא פשטה הקדושה בכולה ודי לנו במאמר שהתורה לא גילתה לנו רק שהקדיש אבר שאין הנשמה תלויה בו אבל אם הקדיש דבר שהנשמה תלויה בו מוקמינן אסברא שפשטה הקדושה בכולה :

ולפי דעתי נראה דרבי מאיר ורבי יהודה אזלי לשיטתם וגם רבי יוסי אזיל לשיטתיה דאיתא בפסחים (דף כ"א ע"ב) · וז"ל הברייתא שם דתניא לא תאכלו כל נבילה לגר אשר בשעריך תתננה ואכלה או מכור לנכרי וגו' אין לי אלא לגר בנתינה ולעכו"ם במכירה לגר במכירה מניין תלמוד לומר לגר אשר בשעריך תתננה או מכור · לעכו"ם בנתינה מניין תלמוד לומר תתננה ואכלה או מכור לעכו"ם נמצאת אומר אחד גר ואחד עכו"ם בין במכירה בין בנתינה דברי רבי מאיר רבי יהודה אומר דברים ככתבן לגר בנתינה ולעכו"ם במכירה מ"ט דרבי יהודה אי סלקא דעתך כדאמר רבי מאיר לכתוב רחמנא לגר אשר בשעריך תתננה ואכלה ומכור או למה לי שמע מינה לדברים ככתבן כו' עכ"ל הגמרא אלמא דרבי מאיר בהדיא סובר דתיבת תתננה או מכור קאי אלפניו אגר ולאחריו אעכו"ם ואף ר"י ג"כ הוה ס"ל הכי רק מדכתב או בנתיים לא דריש הכי ואף שכתב בתוספות ד"ה לכתוב דלא דמי כך להנך קראי דאין לשם הכרע שאת ארור מחר משוקדים וקם אין ענינם לכאן דהתם מני קאי אדלעיל או אלתחת אבל הכא תרווייהו לא מצו קיימא אגר להודיע או אעכו"ם להודיע א"כ אין ראיה מר' מאיר דדריש בכל מקום לפניו ולאחריו דהכא מוכח דקאי אלפניו ולאחריו כסברת התוספות · אך בתוספות ביומא (דף נ"ב ע"ב) ד"ה שאת וכו' כתבו טעם אחר דלא דמי כך להנך קראי דשאת כו' ולפי דבריהם דשם מוכח דרבי מאיר ורבי יהודה דרשי לפניו ולאחריו ואיני מבין דברי התוספות דיומא הנ"ל שכתבו על הכל הטעם דלא דמי ובסוף כתבו דלא דמי כך לקרא דמשוקדים משום דאיכא אתנחתא בגביעים ובמנורה ארבעה גביעים ומשמע משוקדים כפתוריה ופרחיה וקרא אחרינא מוכחא דמשוקדים לא קאי אלא אגביעים כו' עכ"ל דהא בחגיגה (דף ו' ע"ב) מר זוטרא אמר לפיסקי טעמי' פירוש רש"י ד"ה לפיסקי טעמי' בנגינת אם תאמר בני מינים צריך אתה לפסוק הטעם של ויעלו עולות באתנחתא כמו שאנו קורין אותו או בזקוף קטן טעם שמפסיק הדיבור ממה שאחריו ואם מין אחד היה צריך אתה לקרותה באחד משאר טעמים שאין מפסיקין כגון פשטא או רביעי עכ"ל · נמצא מבואר בגמרא שאנו שמין הטעמים לפי פירוש המקרא ואף שמבואר בנדרים (דף ל"ז ע"ב) דאמר רב איקא בר אבין אמר רב חננאל אמר רב מאי דכתיב ויקראו וכו' ויבינו במקרא זה פיסוק טעמים היינו כללים של פיסוק טעמים אבל גוף הטעמים לא נמסרו והאיר מר"ן שמביא מוכח דחגיגה על זה וגם בחגיגה מבואר שאנו עושים פיסוק טעמים. ובלא"ה מבואר גם בנדרים דרבי יוחנן פליג על הא דרב עיי"ש · וא"כ איך כתבו התוספות דאיכא אתנחתא בגביעים · ומוכח מזה שמפסיק שלא קאי על תבת משוקדים שלא מבואר בחגיגה שם שפיסוק טעמים אנחנו עושים וגם לר' יוחנן לית ליה כלל פיסוק טעמים ולפי דברי רבי יוחנן האיך ניחא · אלא ודאי דכוונת התוספות שכתבו איסי בן יהודה באומר אמת מקראות וכו' שמה קבלה בידו שעל גביעים יש אתנחתא ומה שהיה מקובל היה מקובל אך מדאורייתא הפרטי טעמים לא נאמר והנה על תיבת ממנו יש תביר והוא נקרא מפסיק קטן והנה לפי דברי רבי מאיר ור' יהודה שכתבתי שס"ל שתיבת ממנו קאי אלפניו ולאחריו לכאורה צריכין להבין מפני מה יש תביר על תיבת ממנו שהוא מפסיק קצת · לפי דבריהם היה לנו לנקוד בטעם אחר שאינו מפסיק כלל דהא כבר באורתי באף למאן דאית ליה שפיסוק טעמים דאורייתא היינו כללי פיסוק טעמים ולא הפרטים והפרטים אנחנו עושים כפי שאנו מבינים פשט הקרא ויכול להיות שלפי דברי רבי מאיר ור' יהודה הי' טעם אחר ומה שאיתא בספרים שבידינו תביר הוא לפי דברי ר' יוסי ואף שהרמב"ם בפרק חמשה עשר מהלכות מעשה הקרבנות פסק כרבי מאיר ורבי יהודה וא"כ · לפי דבריו האיך אנו קורין תיבת ממנו בתביר שהוא לפי דברי ר' יוסי · בכל זאת ניחא כי הוא רק מפסיק קטן כמו פשטא או רביעי ומבואר ברש"י בחגיגה (דף ו') שכתבתי לעיל שבטעם פשטא או רביעי יכול להיות שקאי אלפניו ולאחריו :

לפי המתבאר מתוך דברינו שרבי מאיר ור' יהודה דהמורה הנ"ל אזלי לשיטתם כמו שסוברים בפסחים (דף כ"א ע"ב) כמו שכתבתי לעיל וגם ר' יוסי דהמורה הנ"ל אזיל לשיטתו דאיתא בע"א (דף כ"ז ע"א) והתניא ישראל מל את הכותי וכותי לא ימול את ישראל מפני שמל לשם הר גריזים דברי ר' יהודה אמר ליה ר' יוסי וכי היכן מצינו מן התורה לשמה אלא מל וכו' אמר רב חסדא מ"ט דרבי יהודה דכתיב לה' המול פירוש דכתיב בפסוק ועשה פסח לה' המול וגו' רבי יהודה ס"ל דקאי לה' על המול משו"ה בעינן לשמה ורבי יוסי ס"ל דמלי דלא בעינן מילה לשמה דכתיב המול ימול וריבויה היא דלא בעינן מילה לשמה והאי לה' הוא בפסח כתיב פירוש דקאי לה' אלפניו על ועשה פסח וכו' עכ"ל הגמרא בתוספות באור קצת : ולפע"ד דמוכח משם דרבי יוסי ס"ל דבכל מקום נדרש לפניו ולא תימא דכאן מוכח דלה' קאי אלפניו מדכתיב באידך קרא המול ימול דמילה כשרה שלא לשמה מוכח מפסו' זה דקאי לה' על פסח דכתיב לפניו דפסח בעינן לשמ' ולא על המול · אבל בכל מקום יכול להיות דסובר דנדרש לפניו ולאחריו או לאחריו לבד · דא"כ האיך אמר ר' יוסי לרבי יהודה וכי היכן מצינו בתורה מילה לשמה אם עיקר הטעם דרבי יוסי מדכתיב המול ימול ומהפסוק זה מוכח דכשר מילה שלא לשמה ומהפסוק זה יהיה מוכח דקאי לה' על לפניו על ועשה פסח ובלא המול ימול הוה אמינא דקאי לה' על המול הוה ליה לר' יוסי למימר דמצינו בתורה דמילה שלא לשמה כשר מהמול ימול · ולמה ליה למימר בלשון שאלה היכן מצינו בתורה מילה שלא לשמה ולשבק עיקר הטעם · אלא ודאי דגם בלא הפסוק המול ימול ס"ל לרבי יוסי דלה' קאי על ועשה פסח דנדרש לפניו ולכן אמר לרבי יהודה בלשון תימא וכי היכן מצינו בתורה מילה לשמה · דלה' קאי על פסח · ואי תקשי לך למה צריך רב חסדא למימר דטעמיה דרבי יוסי הוא משום דכתיב המול ימול · הלא כיון דר' יוסי סובר דלה' קאי אלפניו וא"כ לא מוכח מן התורה דבעינן מילה לשמה א"כ ממילא כשר מילה שלא לשמה דהא טעמיה דרבי יהודה דפוסל הוא רק משום דס"ל דלה' קאי על המול · די"ל לומר משום דרבי יוסי ס"ל בפסחים (דף קי"ד ע"ב) דמצות צריכות כונה ולפי דבריו אף שלא מצינו בתורה דבעינן מילה לשמה מ"מ לא גרע משאר מצות וכי היכי דבשאר מצות ס"ל לרבי יוסי דבעינן לשמה ה"נ הכא הוה אמינא דבעינן מילה לשמה לכן אמר רב חסדא דטעמיה דרבי יוסי משום דכתיב המול ימול וחלקה התורה מילה משאר מצות דמילה כשירה שלא לשמה · והנה לפי דברינו

זה מוכח הא דס"ל לרבי יוסי דמצות צריכות כונה מן התורה הוא מדאצטריך אליביה הפסוק המול ימול לחלק מילה משאר מצות דמילה אין צריך לשמה · יהיה קשה הא דאיתא בסוכה (דף מ"א ע"ב) במשנה רבי יוסי אומר יו"ט הראשון שחל להיות בשבת ושכח והוציא את הלולב ברשות הרבים פטור אמר אביי לא שנו אלא שלא יצא בו אבל יצא בו חייב ופריך הגמרא הא מדאגביה נפיק ביה וכו' עכ"ל הגמרא וא"כ קשה מאי פריך הגמרא הא מדאגביה נפיק ביה דמשמע מזה דמצות אין צריכות כוונה דהא אביי אמר אליביה דרבי יוסי ורבי יוסי ס"ל מצות צריכות כוונה כמו שאיתא בפסחים וזה הקושיא הקשיתי מכבר זה כמה וכמה שנים · שוב ראיתי שקושיא זו הוזכר בשאר ספרים · והבאר אברהם תירץ הקושיא זאת הא דס"ל לרבי יוסי מצות צריכות כונה הוא רק מדרבנן אבל מן התורה יצא אף אם עשה המצוה שלא בכונה · ולפי זה פריך הגמרא שפיר והא מדאגביה נפיק ביה כיון דמן התורה ס"ל אף לרבי יוסי דמצות אין צריכות כונה · ולי נראה לפענ"ד דמסוגיא דע"א מוכח דס"ל רבי יוסי דמצות צריכות כונה אף מן התורה לפי דברינו וא"כ לפ"ז יהיה נשאר קושייתינו על הסוגיא דסוכה הנ"ל במקומה · וגם לבד זה תירוצו דחוק :

ונלפע"ד לתרץ הקושיא הזאת דהנה לכאורה קשה על הגמרא דע"א הנ"ל דרבי יוסי ס"ל דלד' קאי על ועשה פסח וא"כ מוכח מן התורה דבעינן פסח לשמה הא בזבחים (דף ז' ע"ב) איתא פסח מנלן פירוש מנלן דבעינן לשמה דכתיב שמור את חודש האביב ועשית פסח שיהיה כל עשיותיו לשם פסח וכו' עכ"ל הגמ' פירוש דילפינן לה מדלא כתיב והקרבתם כמו בשאר קרבנות ושינה הכתוב בלשון ועשית לאשמועינן דבעינן שיהיו כל עשיותיו לשם פסח ולפי דברי רבי יוסי למה שינה הכתוב גבי פסח בלשון ועשית הלא כבר מוכח מהפסוק ועשה פסח לד' דבעינן לשמה ומוכרחים אנו לתרץ אף דהפסוק ועשה פסח לד' מוכח דבעינן לשמה היינו דבעינן שיעשה הפסח לשם ה' אבל זאת לא ידעינן שאם שחט הפסח שלא לשמה היינו לשם עולה או לשם שלמים · עכ"פ בדעתו לעשות איזה מצוה לשם ה' הוה אמינא דכשר כיון שעשה לשם ה' אף שחשב לשם מצוה אחרת יצא · על זה מצריכנו הפסוק שמור את חודש וגו' לאשמועינן דמצריכינן שיהיה כל עשיותיו לשם פסח דוקא ולא לשם זבח אחר אף דמכוין לעשות איזה מצוה לה' ולא סגיא בזה הפסוק דשמור וכו' דמוכח מפסוק זה דבעינן שיהיה נשחט לשם פסח דוקא אבל זאת לא ידעינן דבעי' בפירוש לשם ה' דה"א דצריך לעשות לשם פסח דוקא ואף עם עשה הפסח בסתם שלא לשם ה' ג"כ יצא לכן בעינן גם הפסוק ועשה פסח לה' לאשמועינן זאת · ולפ"ז יהיה ניחא הקושיא שהקשינו על הא דסוכה הנ"ל דאיתא בירושלמי בסוכה סוף פרק לולב הגזול חברייא אמרין דברי רבי יוסי שמצות עשה דוחה למצות ל"ת פירוש המפרש בד"ה דברי רבי יוסי דאמר המוציא לרשות הרבים פטור דמצות עשה דלולב דוחה ל"ת דשבת וכו' ואח"כ איתא אמר לון רבי יוסי (הוא אמורא · ונקרא רבי יוסי) לא מן הדא אלא מן הדא דאמר ר' אילא ותניא תמן כן היה המנהג בירושלים אדם הולך לבית הכנסת ולולב בידו וכו' ולקרות בתורה נותנו לחבירו הניחו בארץ אסור לטלטלו אמר רבי אבין זאת אומרת שאסור בהנייה ופירוש המפרש בד"ה זאת אומרת מדאסור לטלטלו משהניחו בארץ שד' מינים שבלולב אסורים בהנאה כל שבעה והוה ליה מוקצה כו' עכ"ל הירושלמי · נמצא מבואר בדברי הירושלמי בהטעם דרבי יוסי משום דס"ל שיאחז כל היום הלולב בידו ועושה מצוה בזה אבל בלא עשיית המצוה אסור לטלטל הלולב דהוה ליה מוקצה מחמת מצוה וכיון דאוחז הלולב וכוונתו לעשות איזה מצוה אף שלא מכוון לצאת בו רק כוונתו לעשות מצוה אחרת בזה הלולב לשם ה' בוודאי יוצא ידי חובת מצות לולב אף אם לא כוון לצאת בו אף לדברי רבי יוסי דס"ל דבכל מקום מצות צריכות כוונה בכל זאת יוצא ידי חובתו מחמת שהוא מכוון לעשות איזה מצוה לד' בזה הלולב וזה מיקרי לשמה כמו שהוכחתי מסוגיא דע"א ומסוגיא דזבחים הנ"ל וכש"כ הוא · דמהתם מוכח דאם שוחט הפסח לשם זבח אחר בכל זאת מיקרי לשמה מחמת שמכוין לעשות איזו מצוה לד' · וכש"כ בהא דלולב שמכוין לעשות איזה מצוה בלולב זה לשם מצות לולב לשם ה' אף שלא מכוין לצאת בו מכש"כ דיוצא דזה מיקרי לשמה · ולפי דברינו יתפרש היטיב הסוגיא דכתובות (דף י"ג ע"א) היה קורא בתורה והגיע זמן המקרא אם כיון לבו יצא וכו' גמרא ש"מ מצות צריכות כוונה מאי כיון לבו לקרות · לקרות והא קא קרי · בקורא להגיה · לבד מה שדקדקו המפרשים בגמרא לפי דעתי יש עוד מה שצריכין להבין · דלכאורה קשה דאמרינן בגמרא שמע מינה מצות צריכות כונה שזה הלשון ידקדק אם הוא פלוגתא דאמוראי אי מצות צריכות כוונה אי לא אבל הכא הא פלוגתא דתנאי כמבואר בפסחים הנ"ל והוה להגמרא למימר לימא מתניתין רבי יוסי היא כי כן סוגית הש"ס ולפי דברינו יתפרש שפיר דהא כתבתי לעיל שאף לדברי רבי יוסי דס"ל דמצות צריכות כונה בכל זאת אין צריכין כוונה דוקא לאותו · מצוה רק צריכין לכוין לאיזה מצוה שיהי' לשם ה' ומשום הכי אמרינן בגמרא שמע מינה מצות צריכות כוונה פירוש שבעינן שיכוין דוקא לאותו מצוה מצות ק"ש דלא סגיא מה שהיה קורא בתורה ומכוין ללמוד לשם ה' · וא"כ מתניתין לא אתא אף כרבי יוסי · ומשני הגמרא מאי אם כיון לבו לקרות פירוש דאתיא מתניתין כרבי יוסי דס"ל דמצות צריכות כונה ומשום הכי בעינן שיהיה מכוין עכ"פ ללמוד לשם ה' ויוצא ידי מצות ק"ש אף שלא מכוין לשם קריאת שמע דלא בעינן לשם אותו מצוה דוקא · ופריך הגמרא אמ"כ לקרות והא קא קרי ומשני הגמרא בקורא להגיה פירוש דלא מכוין לשם מצוה משום הכי אין יוצא לרבי יוסי דס"ל צריכות כוונה :

ואי תקשי לפי דברינו זה ישאר קושית התוספות בברכות (דף י"ב ע"א) בד"ה לא כו' והקשה הר"ר יעקב מקלגין מאי קא מבעיא ליה והא ודאי מצות אינם צריכות כונה והיה אומר הר"י דהיינו בשומע תפלה אחורי דבית הכנסת ולא נתכוין לצאת אבל היכי דנתכוין · לברך על היין ונמצא שכר לא מהני עכ"ל וזה מכבר הבאתי ראיה לדברי התוספות מהא דאמרינן בזבחים (דף ג' ע"א) תו רמו מילתא אחריתא מי אמר רב יהודה אמר רב חטאת ששחט לשם עולה פסולה שחטה לשם חולין כשירה אלמא דמינה מחריב בה · דלאו מינה לא מחריב בה · ופירוש רש"י בד"ה דלאו מינה כגון חולין שאין מין קדשים לא מחריב בה וכו' וזה ממש כסברת התוספות דהיכי אמרינן דיוצא היינו בשומע תפלה אחורי בית הכנסת ולא נתכוין לצאת כמצא שאין כונתו לעשות שום מצוה ולאו מינה הוא ולא תחריב ביה ויוצא · אבל היכי דנתכוין לברך על היין ונתכוין לעשות מצוה לברך על היין ונמצאת שהוא שכר משו"ה אינו יוצא דמינה הוא · דמתכוין לעשות איזה מצוה ומחריב בה ואינו יוצא · אבל לפי דברינו הנ"ל יהיה נשאר קושית התוספות במקומה דכתבנו דאיפך הוא דהיכי דמתכוין לעשות איזו מצוה אף שאין כונתו לאותו מצוה דוקא מיקרי לשמה ויוצא אף לרבי יוסי דס"ל דמצות צריכות כונה · ומה שתירץ על קושית התוספות הרב רבינו יונה כבר הקשו המפרשים ובראשם הפ"י :

ונלפע"ד לתרץ קושיית התוספות בדרך נכון דאיתא בזבחים (דף מ"ו ע"ב) וז"ל הגמרא אמר רבי אלעזר חטאת ששחטה לשם חולין כשירה · משום חולין פסולה · כדבעיא מיניה שמואל מרב הונא מניין למתעסק בקדשים שהוא פסול וכו' ופירוש רש"י בד"ה לשם חולין שיודע שהוא חטאת ושחט לשם חולין כשירה וכו' ובד"ה משום חולין כסבר שהם חולין פסולה דהיינו מתעסק בדברים אחרים ואינו עוסק בקדשים עכ"ל הגמרא עם פירש"י · ובברכות (דף י"ב ע"א) איתא בזה האופן האיבעיא פשיטא וכו' הלא היכי דנקט כסא דשכרא בידיה וכסבור דחמרא הוא ופתח ובריך אדעתיה דחמרא וסיים בשיכרא מאי עכ"ל הגמרא ולפ"ז נקרא מתעסק ובכל מקום אמרינן דמצות אין צריכות כונה אבל מתעסק לא שמענו שיוצא

ביוצא. ומשו"ה הוצרך הגמרא בלשונו כשבר דחמרא הוא בהוא נקרא מתעסק כמו שמבואר בזבחים הנ"ל משו"ה אינו יוצא אבל אם בירך שלא בכונה יצא · ולא תיקשו עלי מהא דזבחים (דף ג' ע"א) דמינה מחריב בה וכו' שהבאתי לעיל · דהא מסקינן שם בגמ' בע"כ דגזרת הכתוב הוא דאיתא שם דאמר רבי אלעזר מאי טעמיה דרב ולא יחללו את קדשי בני ישראל את אשר ירימו לה' קדשים מחללין קדשים ואין חולין מחללין קדשים ועי"ש בפרש"י ד"ה הכי גרסינן וכו' וגזרת הכתוב הוא:

ואי תקשי לך על דברינו שכתבנו שרבי יוסי ס"ל דמקרא נדרש לפניו בכל מקום וקאי לה' על ועשה פסח והא דמצריך רב חסדא לומר טעמיה דרבי יוסי משום דכתיב המול ימול משום דרבי יוסי סובר בכל מקום דמצות צריכות כונה ולא גרע מילה משאר מצות מצד הסברה ועל זה הוצרך לומר דטעמיה דרבי יוסי משום דכתיב המול ימול דלא בעינן מילה לשמה הא מקרא זה לא ילפינן רק דלא בעינן מילה לשמה היינו אם מל סתם ולא מכוון לה' המילה כשירה · אבל זאת לא ידעינן מקרא שהוא עוקר הכונה ומכוון להיפך דהיינו כותי שמל לשם הר גריזים מנלן דיוצא בו שהתוספות בסוכה (דף ל"ט ע"א) ד"ה עובר לעשייתן וכו' כתבו אף דמצות אין צריכות כונה מ"מ בע"כ לא נפיק וכו' נמצא אם מכוון להיפך גרע מעושה סתם שלא בכונה ורבי יוסי דס"ל דמצות צריכות כונה צריך שיכוון לשם ה' א"כ די לנו שמרבה הפסוק המול ימול שמל בסתם שלא בכונה אבל מנין לנו שאף דמכוון לשם הר גריזים דיוצא · לכן נלע"ד שיש מזה ראיה להחולקים על התוס' שסוברים שיוצא אף אם עשה בע"כ עיין בטור אבן בראש השנה (דף כ"ח) ד"ה מצות אין צריכות כונה שהביא בשם הר"ן למ"ד מצות אין צריכות כונה אף אם עומד וצוח שאינה רוצה לצאת אפ"ה יוצא בע"כ וגם הט"א מסיק שכן הלכה עי"ש וכה"ג איתא ביבמות (דף ל"ט ע"ב) וז"ל דתניא אבא שאול אומר הכונס את יבמתו לשם נוי לשום אישות לשום דבר אחר כאילו פגע בערוה וקרוב אני בעיני להיות הולד ממזר וחכמים אומרים יבמה יבוא עליה מ"מ עכ"ל הגמרא והאי גונא איתא בירושלמי ריש יבמות · ומזה הסוגיא יש ג"כ ראיה לדעת החולקים שאין שום חילוק בין אם עושה הדבר סתם ובין אם מכוון להיפך שלא לצאת בו למ"ד מצות אין צריכות כונה יוצא בכל האופנים · דהא יש חילוק מנין לנו שהפסוק מרבה אף שאם מכוון להיפך שדי לנו לומר שהפסוק מרבה רק אם עושה המצוה בסתם יוצא ידי המצוה אבל לא אם מכוון בפירוש להיפך אלא ודאי נלפע"ד שאין חילוק · ומתוך מה שכתבנו יתבאר לנו מה שרבי יוסי ס"ל דמצות צריכות כוונה מנא יליף זאת ולא מצינו בשום דוכתי מאיזו טעם אומר כן · ונלפע"ד שרבי יוסי אזיל לשיטתיה דסובר דהקרא דהמול ימול מרבה דמילה שלא לשמה כשירה וגם ס"ל כחכמים דיבמה יבוא עליה מ"מ אפילו כונה לשם נוי לשום אישות והוה שני כתובים הבאין כאחד ואין מלמדין ומזה ידעינן דבכל מקום מצות צריכות כונה דאל"כ למה לנו לרבוי במילה וביבמה דאין צריכין לכוון לשם מצוה אלא ודאי דבכל מקום מצות צריכות כונה משו"ה מצריכינן במילה וביבמה לרבות שאינה צריכות כונה ומהם לא ילפינן לשאר מצות כי שני כתובין הבאין כאחד אין מלמדין וכה"ג כתבו התוספות בקדושין (דף ל"ו) ד"ה אלא עי"ש במהרש"א בשם ת"י היוצא מדברינו שרבי יוסי ס"ל דלד' קאי על ועשה פסח דמקרא נדרש לפניו ולרבי יהודה מבואר להדיא דלד' קאי על המול אבל זאת לא מבואר בהדיא דרבי יהודה ס"ל דלד' לא קאי על ועשה פסח רק מסוגיא זאת יוכל לומר דר"י סובר דמקרא נדרש גם אלפניו או לא · רק מסוגיא דפסחים הנ"ל מבואר דרבי מאיר ורבי יהודה ס"ל דמקרא נדרש לפניו ולאחריו · כמו שכתבנו למעלה מוכח דרבי מאיר ורבי יהודה דתמורה הנ"ל דס"ל דתיבת ממנו קאי אלפניו ואלאחריו אזלי לשיטתם כמו דס"ל בפסחים הנ"ל ורבי יוסי דתמורה דס"ל דתיבת ממנו קאי אלפניו אזיל לשיטתיה כמו דס"ל בפ"א הנ"ל דלד' קאי אלפניו על ועשה פסח · והאי תיקשי לך הא מבואר בתמורה דגם רבי שמעון ס"ל דתיבת ממנו נדרש לפניו ובזבחים (דף כ"ד ע"א) ס"ל לרבי שמעון דקרא דאצבעו דמשמע ימין לא קאי אלא אונתן דלאחריו ולא אולקח דלפניו מבואר שם דסובר איפכא דרבי שמעון סובר דמקרא נדרש לאחריו ולא לפניו עיין בבבא מציעא (דף כ"א ע"א) בתוספות ד"ה קרי ביה כספך וכו' ובתוספות פסחים (דף כ"ה ע"ב) ד"ה לכתוב רחמנא וכו' שכתבו הטעם מפני מה רבי שמעון סובר דקרא דאצבעו קאי אנתינה ולא אלקיחה משום דמסכתי בדוכתא אחרינא ולקחת מדם הפר ונתת על קרנות המזבח באצבעך דקאי אצבע אנתינה אבל בכל מקום יוכל לומר דס"ל לרבי שמעון דמקרא נדרש לפניו ולא לאחריו:

העולה מדברינו שרבי מאיר ורבי יהודה ס"ל בתמורה דמצד הסברה החיצונה הוה אמרינן דאם הקדיש אבר אחד פשטה קדושה בכולה וצריכין לרבי מאיר ורבי יהודה ללמוד מן הפסוק ממנו לד' שמקצתה יהיה לד' אבל לא כולה לד' לאפוקי מן הסברה · וגם רבי יוסי ורבי שמעון ג"כ ס"ל דמצד הסברה החיצונה פשטה קדושה בכולה רק דמצריכין קרא שהוה אמינא שאם הקדיש אבר אחד לא חל הקדושה אף על אותו אבר ע"ז גילתה התורה לפי דבריהם שחל על אותו אבר שהקדיש וממילא ידעינן שפשטה הקדושה בכולה דלית להו שום רבוי מן הפסוק דפשטה הקדושה בכולה כמו שכתבתי לעיל רק מצד הסברה אמרינן כן · ומצד כל האריכות הנ"ל גם פשטיות סברייתא דתמורה מורה כן · משו"ה פריך הגמרא בקדושין (דף ז' ע"א) אמר ליה מר זוטרא בריה דרב מרי לרבינא ונפשטו לה הקדושה בכולה מי לא תניא האומר רגלה של זו עולה תהא כולה עולה אפילו למ"ד אין כולה עולה הני מילי דמקדיש דבר שאין הנשמה תלויה בה אבל המקדיש דבר שהנשמה תלויה בה הוה כולה עולה פירוש כיון דלרבי יוסי ורבי שמעון דס"ל דכולה עולה לית להו רבוי מקרא דכולה עולה רק אית להו רבוי דחל הקדושה על אותו אבר שהקדיש וממילא ידעינן שפשטה הקדושה בכולה א"כ בקדושין ה"נ כן כיון דגילתה לנו התורה בשפחה חרופה דשפחה חרופה הוה חציה בת חורין וחציה שפחה ומאורסה לעבד עברי ומזה ידעינן בכה"ג הוא שאם קידש חצי אשה בת ישראל שחל הקידושין לחצי אשה לכה"פ · ומה שפחה חרופה דלא חזי' ליה כולה חל הקידושין כש"כ בת ישראל דחזיא ליה כולה פשיטא דחל הקדושין כדכתבנו למעלה מה תאמר דשאני בשפחה חרופה תפסו קדושין דלא שייר בקנינה אבל בת ישראל דשייר בקנינה לא חל הקדושין וכדהבאתי ראיה מפרק המגרש ויצאה והיתה כנ"ל · זה אינו · כיון דמוכח דרבי יוסי ורבי שמעון ס"ל כאומר רגלה של זו עולה מצד הסברה פשטה הקדושה בכולה א"כ ה"נ יחול הקדושין עכ"פ על חצי אשה כמו בשפחה חרופה ויהיה פשטה הקדושין בכולה נמצא דלא שייר בקנינה ותפסיה בה הקדושין ואפילו לרבי מאיר ורבי יהודה דסברי דלא פשטה הקדושה בכולה מודו דהיכי דהקדיש דבר שהנשמה תלויה ביה פשטה הקדושה בכולה וכתבנו למעלה דמניין לנו זאת דמודו בהא · משום כיון דס"ל שמצד הסברה פשטה הקדושה בכולה רק משום דיש להם מיעוט מן התורה שלא נפשוט הקדושה בכולה ודי לנו שהמיעוט ימעט רק היכי דהקדיש דבר שאין הנשמה תלויה ביה אבל היכי דהקדיש דבר שהנשמה תלויה ביה בזה אזלינן בתר הסברה שפשטה הקדושה בכולה א"כ ה"נ היכי דקידש חצי אשה דהוה דבר שהנשמה תלויה בה ויהיה פשטה הקדושין בכולה ונמצא דלא שייר בקנינה ומקודשת במכ"ש משפחה חרופה שגילתה לנו התורה שתפסו בה הקדושין כדכתבנו לעיל ומשני הגמרא מי דמי התם בהמה הכא דעת אחרת וכו' (פירוש דדוקא גבי בהמה דליכא דעת אחרת והולך רק בדעתו · ובדעתו ליה שיפשוט הקדושה בכולה לכן פשטה הקדושה בכולה אבל המקדש חצי אשה אף אם גילתה דעתה אחר הקדושין בהלוגה היה שתפשוט הקדושין בכולה בכל זה:

זאת בשעה שקידשה לא היה יודע רצונה וכונתו היה כמו שאמר שיהיה מקודשת רק חציה לכן לא נוכל לומר שפשטה הקדושין בכולה) · מש"ה בעי רבא (שם בע"ב) חציך בפרוטה וחציך בפרוטה מהו והקשו בתוספות וא"ת אמאי לא יועיל הא אמר לעיל דפשטה הקדושין בכולה אלא משום דאיכא דעת אחרת ואינה מתרצה אלא למה בשומעת וכו' והכא גלי דעתה שמתרצית בכולה · ומה שתירצו התוספות על זה כבר כתבתי שאין אנו מבינים זאת · אך לפי דברינו יתורץ קושית התוס' בדרך אחרת כי כבר כתבנו כי אף שגילתה דעתה אח"כ ברצונה להתפשט הקדושין בכולה מ"מ כיון דבשעת הקדושין לא היה המקדש יודע רצונה שתפשוט הקדושין בכולה משו"ה לא קידש רק חציה כמו שאמר ולא נוכל לומר שפשטה הקדושין בכולה · ולאחר שאמרתי זאת הסברה מצאתי בתוספות רי"ד מקצה מן המקצת מדברי · אך זאת נשאר לנו לתרץ הלא בשעה שקידש את חציה השנית היה יודע קודם שקידשה הציה השנית ברצונה בהתקדשה כולה וגם רצונו לקדש כולה א"כ ה"ל לפשוט הקדושין בכולה [ולפי דברינו אלו לא ניחא דברי בעל אבני מלואים שם שכתב שהתוספות לא סברי להו כסברת תוס' רי"ד דאל"כ לא הוה מקשי מידי ולפי דברינו יכול להיות שהתוספות ס"ל כסברת תוספות רי"ד ואעפ"כ מקשי שפיר כדכתבנו] · ולפע"ד נראה לתרץ קושיית התוספות בדרך זה · כיון דרצונו שתתקדשה מקודם רק חציה הראשונה ואח"כ תתקדשה חציה השניה נמצא בשעה שחל הקדושין על חציה הראשונה לא נוכל לומר דפשטה הקדושין בכולה כיון דרצונו היה שתתקדשה רק חציה בזה הקדושין וחציה בקדושי שניה · נמצא לא חל הקדושין על חציה הראשונה משום דשייר בקניניה כדלעיל · וגם בעת שקידשה החציה השניה לא נוכל לומר שפשטה הקדושין בכולה בזה הקדושין כיון דהכא גילה דעתו שאין רצונו שתתפשט בזה הקדושין רק חציה השניה נמצא ששייר בקניניה שהקדושין שקידשה חציה הראשונה לא חל כדלעיל וכשקדשה חציה השניה ג"כ מיקרי שייר בקניניה דהא חזינן שדעתו הי' שלא תתפשט הקדושין בכולה בשעה שקידש חצי השניה · דאם תאמר שדעתו היה שתפשוט הקדושין בכולה למה לי' לקדש שני חצאין של אשה הוה ליה לקדש רק חציה אחת ואח"כ תפשוט הקדושין בכולה · וכי תימא דלא ידע הדין דפשטה הקדושין בכולה משו"ה קידשה בשני חצאין · דזה אינו כיון דלא ידע הדין דתפשוט הקדושין בכולה בודאי אינו מועיל · בחציה הראשון אינו מועיל כיון דשייר בקנינו · וחציה השניה ג"כ אינו מועיל כיון דלא תפסי קידושין דחציה הראשונה נמצא דשייר בקניניה בקידושי חציה השניה אלא וודאי דעתו הי' בשעה שקידשה שני חצאין שבאופן זה תהי' מקודשת ולא מחמת שתפשוט הקדושין בכולה · נמצא דשייר בקניניה גם בשעה שקידשה חציה השני' כיון דלא נתפסו קידושין דחציה הראשונה לכן בעי רבא שפיר וקושית התוספות מתורצת :

ומשיך רבא א"כ הת"ל כל ביומא מנה והולך הוא פירוש דהוה כאילו קידשה בפעם אחת כולה גופה · חציה בפרוטה היום וחציה בפרוטה למחר מהו כיון דאמר למחר פסקה או דילמא הכי קאמר לה קדושין מתחיל מהאידנא ומגמר לא נגמר עד למחר פירוש ולא הוה שייר בקניניה כדאיתא בקדושין (דף ה' ע"א) ועיין שם בתוספות ד"ה אפילו וכו' וא"כ בעיא עוד שני חציך בפרוטה מהו הכא בוודאי בחד זמנא קאמר לה או דילמא אין אשה מתקדשת לחצאין כלל תיקו עכ"ל הגמרא וע"ז הלשון דקאמר שאין האשה מתקדשת לחצאין כלל כתב על זה הרשב"א בחידושיו לקדושין (דף ז' ע"ב) וז"ל או דילמא אין אשה מתקדשת לחצאין כלל תיקו ופסק הרמב"ם דבחציך מקודשת בחצי פרוטה והציך בחצי פרוטה או חצייך בפרוטה וחצייך בפרוטה מקודשת גמורה כשיטתי' בכל מקום לפסוק בהם תמצא לומר · אבל חציך בפרוטה היום וחציך בפרוטה למחר ושני חצייך בפרוטה הוא דשלקין בתיקו והויא לה ספק מקודשת · ואינו מחוור דשני חצייך בפרוטה טפי עדיף מכולהו מדקאמר בחד זימנא ואפ"ה שלקא בתיקו וכ"ש אידך · ועוד דלישנא דקאמר שאין אשה מתקדשת לחצאין כלל משמע דכל היכי דקאמר חצי כללי אינה מקודשת עכ"ל הרשב"א והביאו הרב המגיד שם · ולפי דברינו יתישב הכל דרבא אזיל לשיטתי' :

פרח ד אות ג

דאיתא בנדרים (דף ס"ט ע"ב) בעי רבה קיים ומופר ליכי בבת אחת מהו ופירש הר"ן ע"ז כלומר דקיים לחודא לא כלום היא וליכי הוא בכולם שתיהם כאחת ואיכא נסחא דגרסי קיים ליכי ומופר ליכי בבת אחת מהו ולהך נסחא בעאי דלימא הכי בהדיא בבת אחת דמגלה דעתו בהוא רוצה שיחולו בבת אחת · ת"ש דאמר רבה כל דבר שאינו בזה אחר זה אפילו בבת אחת אינו ותמהו הראשונים והאחרונים על הרמב"ם ז"ל שפסק (פרק י"ז מהלכות נדרים הלכה כ"ב) אמר לה קונם ומופר ליך בבת אחת הרי זה קונם דבגמרא פשטינן מהא דרבה כל דבר שאינו בזה אחר זה אפילו בבת אחת אינו שאינו חל ההקמה ולא ההפרה · והרמב"ם פסק דחל ההקמה ונלאו מאד לתרץ דברי הרמב"ם וקצתן מהם כתבו של"ע וקצתן מתרצים בריחוק גדול עד למאד · ונלפע"ד לתרץ דברי הרמב"ם על דרך נכון שהרמב"ם מפרש האיבעי דרבה בדרך זה שאמר לה קיים ומופר ליך בבת אחת פירוש שאמר לה גם בבת אחת · לא כפירוש הר"ן לפי נוסחא הזאת לא אמר לה בבת אחת כדכתיבנא לעיל והרמב"ם אינו מפרש כן אלא בגם אמר לה הבת אחת בהדי קיים ומופר ליך וזה פשיטא ליה לרבה שאם לא אמר לה הבת אחת רק אמר לה קיים ומופר ליך לבד בודאי חל ההקמה קודם ההפרה וכיון שחל ההקמה שוב אינו חל ההפרה כמו שפירש הרא"ש בהד לד לפי פירושו בהאבעי זאת שאמרינן תפס לשון ראשון ולהרמב"ם זאת היא פשיטא ליה לרבה שאמרינן תפס לשון ראשון אלא זאת מבעי ליה לרבה אם אמר לה בבת אחת ג"כ בתוך כדי דבור של קיים ומופר ליך ומבעי ליה אי תפסינן הדיבור של קיים ומופר ליך אבל הדיבור בבת אחת לא תפסינן כיון שאי אפשר להול בבת אחת הקמה והפרה · וא"כ יהיה הדין שחל ההקמה כיון שאמר הקיום בראשונה ותפס לשון ראשון וכיון שחל ההקמה אפילו רגע אחת שוב אינו יכול להול ההפרה · וא"ת הלא נראה לנו שדעתו היה לומר אחר הקיום מופר ליך וזה היה בתוך כדי דיבור ולכאורה היה יכול לחזור בתוך כדי דיבור מהקמה כמו שאמרינן בנדרים (דף פ"ז ע"א) · אי"ה לקמן אביא ראיה לזה שאינו יכול להול ההפרה בסגנון זה · או דילמא שגם תפסינן הדיבור של בבת אחת וא"כ חל ההקמה וההפרה בבת אחת ולא ידעינן אם חל ההקמה או ההפרה ופשטינן לה מדאמר רבה כל שאינו בזה אחר זה אפילו בבת אחת אינו וממילא ידעינן שהדיבור של בבת אחת שאינו עושה שום פעולה וכיון שאינו עושה שום פעולה תפסינן הדיבור מה שאמר קיים ומופר ליך ולפי דיבור זה חל ההקמה ולא ההפרה דתפסינן לשון ראשון כדברי הרא"ש ז"ל והם תרלה . להשיבני כיון שבדעתו היה לומר אח"כ תיכף הדבור של בבת אחת וא"כ היה בדעתו לחזור · אף שפשטינן שהדיבור של בבת אחת אינו עושה שום פעולה בכל זאת חזינן בדעתו היה לחזור מההקמה בתוך כדי דיבור · וי"ל דלקמן בעי רבה עוד בעיות ובעי ליה ג"כ איבעי אם אמר לה קיים ליכי ומופר ליך לאחר שעה מאי מי אמרינן כיון דקיימי קיימי או דילמא כוליה יומא בר הקמה ובר הפרה כי אמר לה ומופר ליך לאחר שעה מהני ונשארו בתיקו וכן פסק הרמב"ם שם שדין זה ספק ואף שברמב"ם מבואר שלא אמר לה ביחד הקיים ליכי ומופר ליך לאחר שעה רק אמר לה קיים ליכי שעה אחת וכשעבר השעה אמר לה מופר ליך הרי זה ספק וכו' כבר כתב שלהם משנה שם שמדברי הגמרא נראה שאמר לה קיים ליכי שעה אחת ולאחר שעה יהיה מופר ליך תיכף כשאמר קיים ליך · וגם הרמב"ם סובר כן אלא דהרמב"ם ס"ל דגם בכה"ג מיבעי ליה ודא ודא אחת היא עיי"ש ·

א"כ מוכח מהאבעי הזאת בכך הך לך מי אמרינן כיון דקיימי קיימי כו' ומה שאמר תיכף מופר ליך לאחר שעה אינו חל אף דהוינן דהיה בדעתו בשעה שאמר לה קיים ליך תיכף לומר בתוך כדי דיבור מופר לך לאחר שעה אפ"ה לא חל ההפרה מחמת כיון דהדיבור של מופר ליך לאחר שעה אינו עושה שום פעולה כיון דקיימי קיימי כי מאי דאמרינן בתוך כדי דבור יכול לחזור היינו שחוזר מההקמה שאינו רוצה שיחול ההקמה כלל אבל הכא רוצה שיחול ההקמה שעה אחת ומזה אינו חוזר רק אמר לה לאחר שעה יהיה מופר ליך וכיון שחל ההקמה שעה אחת שוב אינו חל ההפרה · ואף שנוכל לומר שאם היה יודע שלא תחול ההפרה כיון שקיימו שעה אחת אולי היה בדעתו לחזור שלא תחול ההקמה כלל כיון שהוא נגד רצונו שרצונו היה רק שיהיה הקיום שעה ולא קיום עולמית בכל זאת הוינן שחל ההקמה ולא אזלינן בתר דעתו כלל היכי שהדיבור אינו עושה שום פעולה ודברים שבלב אינן דברים וה"נ אם אמר לה קיים ומופר ליך וגם אמר לה תיכף תוך כ"ד גם בבת אחת ג"כ לפי הדבור של קיים ליכי ומופר ליכי רצונו היה שתחול ההקמה ואח"כ ההפרה וכיון שחל ההקמה אף רגע אחת שוב לא יכול לחול ההפרה · ואף שנוכל לומר כי אם היה יודע שלא יחול הדבור של בבת אחת אולי היה חוזר גם מהדבור של קיים ליכי ומופר ליכי · הוה דברים שבלב ואינו דברים כדכתבינא לעיל · וכש"כ בספק דברים שבלב הוא שאין אינו יודעים דעתו אם היה יודע שהדין שאינו יכול לחול שניהם בבת אחת · היה חוזר או לא · וכיון שחל ההקמה אף רגע אחת תו אינו יכול לחול ההפרה לכן פסק הרמב"ם שפיר דחל ההקמה ולא חל ההפרה · נמצא למידין מכך דנדרים שאם אמר קיים ומופר ליכי אף שלפי דבור זה לכאורה משמע שרצונו היה שיחולו שניהם הקמה והפרה בבת אחת וכן סבר הר"ן שהדין כן לפי האמת כיון דקיים שלא ליכי אינו מועיל כלל והוא אמר ליכי לאחר שאמר מופר נמצא דליכי קאי על שניהם על ההקמה ועל ההפרה והוה כמו שאמר שיחולו שניהם בבת אחת עיין בר"ן שם אבל הרמב"ם אינו מפרש כן אלא אף אם אמר קיים ומופר ליכי רצונו היה שיחול ההקמה קודם ואח"כ יחול ההפרה דכיון שלא אמר בהדי' שיחולו שניהם בבת אחת כדכתיבנא לעיל ומה שפירש הרא"ש בהטעם משום דתפסינן לשון ראשון משו"ה חל ההקמה ולא ההפרה להרמב"ם לא היה נראה לו לומר כן כי היכא אמרינן דתפסינן לשון ראשון היינו אם היה הלשון נגמר בדיבורו קודם שאמר הדיבור השני אבל הכא כיון דקיים אינו מועיל כלל בלא ליכי והליכי אמר לאחר שאמר מופר לא שייך לומר תפסינן לשון ראשון וכן סובר הר"ן עיין שם ולפי הספרים שבידינו הגירסא בגמרא רבה אך בב"י בסימן רל"ד איתא הגרסא רבא וכן איתא הגרסא ברא"ש בפרק נערה המאורסה סימן ד' · וכן מוכח מהגמ' דצריך להיות רבא דאיתא שם בעי רבא וכו' ואח"כ אמר ת"ש דאמר רבה כו' ואי הגרסא בגמרא רבה הוה ליה למימר תפשוט מדידי' כדאיתא בשאר מקומות אם האיבעיא נפשט מדברי עצמו ועל פי רוב מקשה בגמ' מאי בעי נפשוט מדידיה אלא ודאי דצ"ל הגרסא בגמ' רבא נמצא רבא דקאמר אזיל לטעמי' כמו שסובר בנדרים שאם קיים ומופר ליכי רצונו היה שיחול הקמה ואח"כ הפרה אף שלכאורה משמע מלשונו שרצונו היה שיחול ההקמה וההפרה בבת אחת כמו שסבר הר"ן באמת אבל הרמב"ם לא נראה לו לומר כן כדכתיבנא לעיל · וה"ה גם בקדושין שאמר לה התקדשי לי בשני אלייך בפרוטה ג"כ רצונו היה שיחול הקדושין קודם האליה אחת ואח"כ האליה השנית כיון שלא אמר בפירוש שיחולו שניהם בבת אחת וגם אך דקדושין יותר מוכח מלשונו שרצונו היה שיחול קודם אליה האחת ואח"כ יחול אליה השניה שאם היה רצונו שיחולו השני אליות בבת אחת הוה ליה לומר התקדשי לי בהם ויהיה חל הקדושין בבת אחת על כל גופה ולמה שינה בלשונו ונקט קדושי אשה · אלא ודאי רצונו היה שיחול קודם על האליה האחת ואח"כ יחול על האליה השניה לכן בעי רבא שני אלייך בפרוטה מהו הכא ודאי בחד זימנא קאמר לה פירוש דאזלינן בתר דיבורו · וכיון דבדיבור אחד אמר שיהי' מקודשת לו בשני אליין לא מיקרי מקדש חצי אשה · או דילמא אין האשה מתקדשת לחצאין כלל פירוש דלא אזלינן בתר דיבורו שאמר בדיבור אחת כן · דקאזלינן בתר חלות הקדושין והקדושין חל מקודם על אליה האחת ואח"כ חל על אליה השניה כדכתבינא לעיל והוה כמו שמקדש חצי אשה · ולא נוכל לומר גם בזה שנתפשטה הקדושין בכולו · כי בעת שחל הקדושין על האליה הראשונה בודאי לא פשטה הקדושין באליה השניה כיון דרצונו היה שאליה השניה תהיה מקודשת לו בדיבורו כמו שאמר לה שני אלייך וכבר כתבתי לעיל שלא נוכל לומר שנתפשט הקדושין אם הוא נגד רצונו ובעת שחל הקדושין על אליה השניה ג"כ לא נוכל לומר שנתפשט הקדושין באליה הראשונה כי זה הוא ג"כ נגד רצונו כי רצונו הוא שיחולו הקדושין בדיבורו ולא מחמת פשיטת הקדושין דנאמרו בתיקו · ולכן פסק הרמב"ם שפיר אף שאמר בלשון התקדשי לי שני אלייך וכו' · בכל זאת הוה ספק קדושין ולא אמרינן שנתפשטה הקדושין בכולה אף שהסברה לכאורה כסברת התוספות באמת אבל הרמב"ם לא נראה לו לומר כן דאף בקרבן דבזה בודאי אמרינן שפשטה הקדושה בכולה בהמה בכל זאת אם הוא נגד רצונו שאינו רוצה שתתפשט הקדושה בכולה לא פשטה · וכש"כ גבי אשה שאינו למדין הדין מכך דהקדש אם הוא נגד רצונו שלא פשטה הקדושין בכולה גופה :

ומה שפסק הרשב"א כיון דנשארת בתיקו האיבעי דשני אלייך אף דאמר בחד זימנא · מכש"כ שנשארה בתיקו האיבעיות כגון אלייך בחצי פרוטה ואלייך בחצי פרוטה דהא בשני דיבורים מקדש לה וכמו כן שאר האיבעיות דרבא נשארו בתיקו ומפני מה פסק הרמב"ם באיבעיות הראשונות שמקודשת קדושין ודאי · אבל לפי מה שכתבתי אתי שפיר דבשלמא בבעיות הראשונות יוכל לומר מונה והולך הוא כדאיתא בגמרא שם והוה כמו שאמר לה התקדשי לי בהם אבל בכך שני בעיות אחרונות אלייך בפרוטה היום ואלייך בפרוטה למחר כיון דאמר לה למחר פסקה כדאיתא בגמרא · ולא נוכל לומר מונה והולך · וגם בהאיבעי האחרונה שני אלייך בפרוטה ג"כ לא נוכל לומר שמונה והולך כמו שאמרינן בהאיבעיות הראשונות כיון דכבר כתבתי לעיל והוכחתי מכך דנדרים אם אמר התקדשי לי שני אלייך רצונו הוא שיחול הקדושין מקודם על אליה אחת ואח"כ יהיה חל על אליה השניה וא"כ לא נוכל לומר מונה והולך כמו שאמרינן בבעיות הראשונות פירוש דהוה כמו שאמר לה התקדשי לי בהם שחל הקדושין בבת אחת על כולה גופה ומפני זה פסק הרמב"ם בשני בעיות אחרונות דהוה ספק קדושין · ומה שמדקדק הרשב"א התיבה כלל המוזכר בגמרא שלכאורה משמע דמסיק הגמרא זאת שהתיקו קאי גם בבעיות הראשונות דאל"כ לא הוה להגמרא להסיק תיבת כלל · אבל לפי מה שכתבתי גם זה יהיה ניחא מחמת שבחד צד עדיפא האיבעי אחרונה מהאיבעיות הראשונות בחד זימנא קאמר לה כמוזכר בגמרא רק דאח"כ מסיק הגמרא או דילמא אזלינן בתר חלות הקדושין כמו שכתבתי לעיל · לכן אמר תיבת כלל אף שבחד צד היה לנו לומר שתהיה מקודשת יותר מהראשונות המבואר בבעיות הראשונות בכל זאת כאן אפשר שאינה מתקדשת כלל אבל לפי הדין בבעיות הראשונות מקודשת קדושין ודאי כיון שמוזכר הך סברה מונה והולך בלשון ואם תמצא לומר וידוע זאת שדרכו של הרמב"ם כיון שאמרינן בגמרא בלשון את"ל נפשוט האיבעיות הראשונות לכן פסק הרמב"ם דהוה ודאי קדושין אבל בשני בעיות אחרונות דנשארו בתיקו פסק דהוה רק ספק קדושין ודו"ק ונכון הוא :

דינים העולים מהמקובץ הזה

א אפילו להפוסקים כו' יושבי דמצות צריכות כונה לא בעינן שיהי' כוונתו לשם אותו מצוה אלא אפילו אם כוונתו היה

שעושה מצוה זו לשם מצוה אחרת ג"כ יוצא כיון שמכוון שעושה רצון הבורא בזה :

ב להפוסקים דסוברים דמצות אין צריכין כונה אפילו אם מכוון שלא לצאת ג"כ יוצא לכן בעת שנוטל הלולב קודם הברכה יהפכה דוקא כדי שיהיה עובר לעשיתן ולא מהני בזה מה שמכוין בלבו שלא לצאת בנטילה זו ולדעתי אם נטל הלולב על דעת שלא לצאת בו קודם הברכה יברך אח"כ בלשון תרגום כדעת הפני יהושע בברכות (דף י"ח) :

ג אף להפוסקים דסוברים דמצות אין צריכות כונה מכל מקום אם בירך כמתעסק לא יצא כגון דנקט כסא דשיכרא ופתח בדחמרא וסיים בדשיכרא לא יצא כיון שהוא כמתעסק דסבר דחמרא הוא · אבל אם יודע שהוא שכרא ובירך במתכווין אדעתא דחמרא אז לא הוי כמתעסק אלא שחיסר כונה · ולהפוסקים דסוברים דמצות אין צריכות כונה יצא :

פרח ה אות א

ולפי דברינו אלה יתיישב גם דברי הרמב"ם שהבאתי למעלה שפסק (בהלכות אישות פ"ד ה"ל ט"ז) שהמקדש חציה שפחה וחציה בת חורין ואח"כ נשתחררה גמרה קדושיה בא אחר וקידשה כשנשתחררה הרי זה ספק קדושין לשניהם · עיין בהרב המגיד ז"ל והנראה מדברי רבינו שהוא פוסק כדברי האומר מקודשת שזו היא שפחה חרופה האמורה בתורה ופירש מקודשת אבל אינה כאשת איש שהרי לא היה בה מיתה אם פשע · וכשנשתחררה דעתו לפי הנראה כמאן דאמר גמרי קדושי ראשון ואם כן יש לתמוה היאך כתב בא אחר וקידשה אחר שנשתחררה הרי זו ספק קדושין לשניהם דהא משמע דלמאן דאמר דגמרי קידושי ראשון כיון שנשתחררה נעשית אשת איש גמורה והיו ממיתין על ידה וכמו שנזכר בסוגיא עד כאן לשון הה"מ ועיין בהשגות הראב"ד והבאתי הדברים קצת למעלה עיי"ש · ולפי מה שכתבנו יהיה מתורץ דברי הרמב"ם כיון דכבר כתבנו והוכחנו למעלה דלא נוכל לומר שפשטה הקדושין בכולה גופה אם יהיה נגד רצונו או נגד רצונה · ובהך שקידש חציה שפחה וחציה בת חורין אם אח"כ נשתחררה לא נתרצית שתפשוט הקדושין בכולה גופה בודאי לא פשטה הקדושין לאחר שנשתחררה · א"כ בשעת הקדושין שקידשה בעת שהיתה חציה שפחה וחציה בת חורין לא היה יודע אם תהיה רצונה לאחר שתשתחרר שתתפשט הקדושין וכיון דלא היה יודע איך תהיה רצונה א"כ גם רצונו לא היה שתפשוט הקדושין בכולה כמו שכתבנו לעיל בכונת הגמרא בקדושין (דף ז' ע"א) מי דמי התם בהמה הכא דעת אחרת וכו' · אך זאת הוא דוקא כשאמר התקדשי לי חצייך דבת חורין · אבל כיון שקידש כל הגוף אם כן גילה דעתו שרצונו שתתקדש לו כולה וגם היא ג"כ ברצונה שתתקדש כולה רק דלא תפסי הקדושין בהך חציה דשפחה ולא אמרינן כיון דלא תפסי הקדושין בהך חציה דשפחה ג"כ לא נתפוס הקדושין בהך חציה דבת חורין · דהא קי"ל בקני את וחמור דקנה מחצה כמבואר בבבא בתרא (דף קמ"ג ע"א) דסובר רב נחמן הכי וכן פסקו בחושן משפט (סימן ר"י ס"ג) ומדמה שם בבבא בתרא הא דאם קנה מחצה · להא דקידש חמשה נשים ומהם שתי אחיות אף דאין אחיות מקודשת בכל זאת הנכריות מקודשת כמו דאמרינן הכא שקנה המחצה עי"ש בגמרא ועיין שם בתוספות בד"ה רב נחמן וכו' וה"נ אף דהך הצד דשפחה לא תפסי בה קדושין אבל בהך צד דבת חורין מותפסת הקדושין ולהכי כיון דגילו שניהם שברצונם היו וגם אמרו שתתקדש כולה ולכן אם אחר שנשתחררה נתרצית שתפשוט הקדושין בכולה גופה לפי הסברה יהיה נראה שתתפשט הקדושין · וזאת כבר באורתי בפרח הקודם שעכ"פ נתפשט הקדושין בהך חציה שהיא בת חורין · ולא דמי להמקדש חצי אשה · דכיון דלא שייך בקנינה · כדאיתא בגיטין (בדף מ"ג ע"א) דמקודשת החציה דבת חורין וזהו שפחה חרופה האמורה בתורה כדכתב הרמב"ם והבאתיו בפרח הקודם · וכי תימא כיון שמבואר כן בגמרא בגיטין הנ"ל מפני מה הבאתי ראיה מבבא בתרא דשם איתא פלוגתא בזה די"ל דמהך דגיטין הנ"ל הוה אמינא שמקדש רק החציה דבת חורין לכן מקודשת. אבל אם קידש כולה בפירוש שתהיה מקודשת גם החציה דשפחה הוה אמינא דאינה מקודשת כיון דאינה נתפסת הקדושין בהך חציה דשפחה גם בחציה דבת חורין אינה נתפסת לכן הבאתי ראיה מבבא בתרא דמדמה שם לקני את וחמור אם קידש חמשה נשים ומהן שתי אחיות אפילו הכי נתפסת הקדושין בהנכריות והתם קידש כולם הן הנכריות הן האחיות בבת אחת · והכא נמי אם קידש כל גופה הן החציה דבת חורין והן החציה דשפחה ג"כ נתפס הקדושין בהך חציה דבת חורין אף דאינה נתפס הקדושין בהך חציה דשפחה · אך אם רצונה לחזור מרצונה שהיתה בעת הקדושין שתפשוט הקדושין בכולה יכולה לחזור · ולפי זה בעת שקידשה הקדושין תלוין ועומדין אם יהיה ברצונה לאחר שתשתחרר שתפשוט הקדושין בכולה תתפשט ואם תחזור מרצונה שהיתה בעת הקדושין ולא תתרצה שתפשוט הקדושין בכולה אזי לא פשטה הקדושין וא"כ תלה הך דינא אי אמרינן ברירה הוברר הדבר למפרע בשעה שקידשה שתהיה רצונה גם לאחר שתשתחרר שתתפשט הקדושין והויה מקודשת ובזה הסברא פליגי בגמרא דגיטין שם בע"ב דאיתא. שם אתמר חציה שפחה וחציה בת חורין שנתקדשה לראובן ונשתחררה וחזר ונתקדשה לשמעון רב יוסף בר חמא אמר רב נחמן פקעי קדושי ראשון פירוש. דס"ל דלא אמרינן ברירה ורבי זירא אמר רב נחמן גמרו קדושי ראשון פירוש דס"ל דאמרינן יש ברירה אבל הרמב"ם אזיל לשיטתיה דהוא פוסק דרק בדרבנן אמרינן ברירה אבל בדבר שהוא דאורייתא אין אנו יודעים הדין ונשאר לנו בספק אם אמרינן ברירה או לא אמרינן ברירה כמו שפסק הרמב"ם ז"ל בהלכות גרושין פ"ג הלכה ד' ועיין שם בהרב המגיד ובר"ן ר"פ כל הגט משו"ה פסק הרמב"ם שפיר דאם בא אחר וקידשה לאחר שנשתחררה הרי זה ספק מקודשת לשניהם :

ואין לומר דהפלוגתא בגמרא מיירי בכה"ג שבעת שקדשה כשהיא חציה שפחה וחציה בת חורין דעתיהם היו שיחולו הקדושין על הך חציה דשפחה לכשתשתחרר ובכי האי גונא לא שייך ברירה כמו שכתב הבעל שאגת הארי' בסימן ל"ג שהקשה על הא דתנן בפ"ג דקדושין (דף ס"ב) האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאתגייר וכו' לאחר שתשתחררי וכו' אינה מקודשת ומפרש בגמרא התם דהיינו טעמא דאינה מקודשת משום דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכו' והשתא נגלן דטעמיה דמתניתין דאינה מקודשת משום הך טעמיה דלמא היינו טעמיה. דהא אי אפשר להם לחול כלל אלא א"כ מעשה אחרים מסייעין שיחול · ביאור הרב ובזה תלה בדעת אחרים ובדבר שהוא בדאורייתא אמרינן אין ברירה וכל דמנה במתניתין הוא תלוי ג"כ בברירה · ותירץ דעד כאן לא קאמר דלמ"ד אין ברירה לא מהני כתולה תנאי בדעת אחרים אלא באמר כשיתקיים התנאי יהיה קדושין למפרע בזה לא אמרינן ברירה שהוברר הדבר משעת קדושין או גרושין ראוי היה ועומד להתקיים ומאותו שעה חלין הקדושין או הגרושין למפרע אבל אם אמר כשיתקיים התנאי מאותו שעה ולהבא יהיו חלין הקדושין או הגרושין ולא למפרע דבריו קיימים ואין כאן משום יש ברירה או אין ברירה ומיירי המתניתין בכה"ג דהא אי אפשר לקדושין לחול למפרע · דהא שפחה היא · אלא מכאן ולהבא לאחר שתשתחרר א"כ אין כאן משום ברירה עכ"ל בקיצור נמרץ · א"כ נוכל לומר דהפלוגתא מיירי שאומר שיחולו הקדושין לאחר שתשתחרר כגון שקידשה בכסף כמו שכתב הבעל שאגת אריה שם ובדבר זה מתברר יותר בתוספות פ"ג דקדושין (דף ס"ג) גבי דכתב ליה כשאקחן כו' וא"כ לא שייך הכא לדין ברירה וכי תימא דבאיזה סברא פליגי אי גמרי אי פקעי הקדושין נוכל לומר דפליגי בהסברא דפליגי רב ושמואל בבכורות (דף מ"ט ע"א) דאיתא שם אתמר הפודה את בנו בתוך שלשים יום רב אמר בנו פדוי ושמואל אמר אין בנו פדוי וכו' כי פליגי לאחר שלשים

יום

יום נתאכלו המעות רב אמר בנו פדוי מידי דהוה אקדושי אשה וכו' שמואל אמר לך התם בידו לקדשה מעכשיו הכא אין בידו לפדותו ובזה הסברא פליגי ג"כ רב יוסף בר חמא ור' זירא דרב יוסף ס"ל כשמואל דאין אפשר לקדשה שיחולו הקדושין לאחר שתשתחרר כיון דאין בידו לקדשה כולה כעת מחמת שהיא עכשיו חציה שפחה ורבי זירא ס"ל דגמרי קדושין משום דס"ל כרב דאמר בנו פדוי מידי דהוה אקדושי אשה וכו' והכא נמי ג"כ אם קדשה שיחולו הקדושין לאחר שתשתחרר חלה הקדושין · אבל זה אינו דאיתא התם אמר ר' זירא כוותיה דידי מסתברא דכתיב לא יומתו כי לא חופשה הא חופשה יומתו פירוש אלמא דגמרי קדושין · ולכאורה מה ראיה מייתי רבי זירא דהא הקרא מיירי בחציה שפחה וחציה בת חורין המאורסת לעבד עברי כמבואר לעיל בע"א ובכריתות במשנה (בדף י"א ע"א) ובגמרא שהבאתי למעלה · ולכאורה צריכין להבין אמאי נקט המאורסת לעבד עברי לנקוט המאורסת לישראל אלא ודאי דנ"ל לפי מה שכתב הרשב"א בחידושיו שם בד"ה מאי מאורסת וז"ל מאי מאורסת מיוחדת בקדושין אע"פ שאין קדושין כלל לתנא דבי רבי ישמעאל אם קדשה ישראל ואפילו בשקדשה עבד עברי אין קדושין גמורים מ"מ יחוד שפחה להתחייב הבא עליה באשם והיינו דקרו לה מאורסת אבל מיוחדת ביחוד בעלמא לאו כלום היא כו' עכ"ל ואף שכתב הרשב"א זאת לתנא דבי רבי ישמעאל צריכין דבריו לומר להאי תנא דאית ליה דשפחה הרופה הליה שפחה וחציה בת חורין המאורסת לעבד עברי דדוקא לעבד עברי דיש קנין כל דהו אף בחציה שפחה כיון דמותרת כמ"ש הרשב"א · אבל המאורסת לישראל אף דמקודשת החציה של בת חורין אבל החציה שפחה אינו עושה שום פעולה והוה כמו שלא אירסה כיון דאסורה לו · לפ"ז לכאורה צריכין להבין מה ראיה מייתי רבי זירא דלמא דוקא בחציה שפחה וחציה בת חורין המאורסת לעבד עברי גמרי הקדושין משום דכתב הסמ"ע (בח"מ סימן ר"ג ס"ק י"ע) דצריכין ליתן טעם אהא דכתב מור"ם כאן השלשה דעות ובסימן ר"ע ס"ד לא כתב רק דעה אחת דהיינו טעמא דהכא דבהקנה מעות ומטלטלין בקנין סודר*) דקנה גם המעות היינו דוקא במעות דהן בעולם ושייך בהו קנין דהגבהה ומשיכה · משו"ה נמי אמרינן דחל נמי עליו הקנין דק"ס במגו דחל אמטלטלין משא"כ בדבר שלא בא לעולם לא שייך בהו שום קנין עיי"ש שהאריך בדבר ואנכי כתבתי בקיצור נמרץ בהא ומשו"ה אם החציה שפחה וחציה בת חורין מאורסת לעבד עברי לאחר שנשתחררה גמרה הקדושין משום דכיון דיש לעבד עברי שאר קנין גם על החציה דשפחה הנ"ל ומגו דחל על החציה דבת חורין חל נמי הקדושין על החציה דשפחה וכ"ש הוא מהא דפסקינן דחל הקנין דק"ס על המעות משום מגו דחל אמטלטלין שהמה ענינים נפרדים · מכ"ש גבי *) שפחה חרופה שהיא גוף אחת בודאי אמרינן כיון דיש שום קנין לעבד עברי על החציה שפחה אמרינן מגו דחל הקדושין על החציה דבת חורין הל נמי על החציה דשפחה · ועין בקצות החושן שם · וכי תימא כיון דאמרינן מגו וחל הקדושין ג"כ על החציה דשפחה א"כ למה לא היה חייב מיתה אף קודם שנשתחררה · זאת יבואר בדברינו לקמן ומשם תדרשנו · ולפ"ז קשה מאי מייתי רבי זירא ראיה מהקרא דהקרא מיירי דמאורסת לעבד עברי משום הכי גמרי הקדושין אבל המאורסת לישראל דאין לו שום קנין על החציה דשפחה כמו שכתב הרשב"א ז"ל וכיון דלית בה שום קנין ג"כ לא אמרינן מגו דחל הקדושין על החציה דבת חורין יהיה חל נמי הקדושין על החציה שפחה כיון דלגבי ישראל אין בה שום קנין בהך חציה דשפחה ומשו"ה נוכל לומר דלא גמרי הקדושין כיון דלא חל הקדושין על החציה דשפחה · וכי תימא דילמא הא דפליגי ג"כ מיירי באופן זה שהיתה מתחילה מאורסת לעבד עברי ומשום הכי מייתי ראיה מהקרא · זה אינו · דהא איתא שם אמר ליה רב חסדא מי דמי התם שייר בקנינו הכא לא שייר בקנינו פירוש רש"י התם שייר בקנינו דחזי ליה כוליה ולא קידש רק חצי אבל בחציה שפחה וחציה בת חורין לא חזי ליה כולה ומה שחזי ליה קידש הכל עד כאן לשונו ואי מיירי דמאורסת לע"ע מה לא שייר בקנינו שייך כאן דמשמע דיש שיור כדפי' רש"י כיון דמאורסת לע"ע נתפס הקדושין בכולה גופה אף בחציה שפחה כמו שכתב הרשב"א ז"ל וגם האיך יכלו ללמוד כל האמוראים דשם דכמו שמקדיש חצי אשה אינה מקודשת כך חצי שפחה וחציה בת חורין אינה מקודשת · הא אינן דומין זה לזה בשום אופן אם נאמר דהחציה שפחה וחציה בת חורין נתקדשה לע"ע דהא לע"ע יש תפיסת קדושין גם לכך חציה דשפחה וא"כ קידש כולה · וגם נראה לי להוכיח דלא מיירי שנתקדשה לע"ע דבע"ע נקט לשון מאורסת ולא לשון נתקדשה דאין קדושיו קדושין גמורים משום דבע"ע חל הקדושין גם על החציה דשפחה ועל החציה דשפחה לא נתפסת קדושין גמורים ולהכי נקט רק בלשון מאורסת אבל כשנתקדשה חציה שפחה וחציה בת חורין לבן ישראל דשם לא נתפס הקדושין רק בהחציה דבת חורין ובהחציה דבת חורין מתפסה קדושין גמורין משום הכי נקט לשון קדושיה קדושין דו"ק ותשכח בכל המקומות ותמלא · וכיון דהוכחנו דסוגית הגמרא דמקודש מיירי שנתקדשה לבן ישראל וא"כ הביא הגמרא הפלוגתא דרב יוסף בר חמא ורבי זירא בסתימת · מסתמא מיירי בודאי ג"כ שנתקדשה לבן ישראל וגם מדאיתא שם הלשון שנתקדשה ולא לשון נתארסה מזה ג"כ מוכח שמיירי שנתקדשה לבן ישראל ולפי הנראה שכן פירשו כל המפרשים שנתקדשה לבן ישראל וכן מוכח לשון הרמב"ם עיי"ש ודו"ק לפ"ז מאי מייתי ראיה מהקרא · דהקרא מיירי דמאורסת לעבד עברי ושם יכול להיות דגמרי הקדושין מטעם שכתבתי למעלה אבל כשנתקדשה לבן ישראל דלא שייך האי טעמא יכול להיות דלא גמרי הקדושין וכדי ליישב זאת צריכין אנו לומר משום דאיתא ביבמות (דף ס"ב ע"א) גר שנתגייר (בימים הקדמונים) כקטן שנולד דמי וכן איתא בכמה מקומות · לפ"ז אף אם היא מאורסת לעבד עברי שהל הקדושין גם על החציה דשפחה בכל זאת כשנשתחררה א"כ פקעי הקדושין מהך חציה דשפחה כיון דגוף אחרינא קדש ולא הך גופה דהך חצי גוף כמו קטנה שנולדה דמי ומוגרכים אנו לומר דגמרי הקדושין היינו דיהיה נפשט כעת לאחר שנשתחררה הקדושין מהך חציה דבת חורין להך חציה דשפחה ואם נאמר דשם נתפשט הקדושין ומש"ה גמרי כמו כן אף שקידשה אותה בן ישראל ג"כ יהיה נפשט הקדושין מהך חציה דבת חורין לאחר שנשתחררה להך חציה דשפחה ומשו"ה שפיר מייתי ראיה רבי זירא מהקרא ואף שכתבו התוספות בכתובות (דף כ"ח ע"ב) בד"ה לאחר וכו' ואומר ר"י דלאחר שנתגייר לא חשיב לדבר שלא בא לעולם כיון שהגוף בעולם אלא שמחוסר גירות ולא דמי לנולדין דהתם לא בא לעולם כלל לכאורה משמע מדבריהם דלאחר גרות לא מיקרי גופא אחרינא צריכין אנו לומר דכוונת התוספות כך הוא דעלם הגוף עכ"פ היה בעולם ולא דמי לנולדים דשם אף עלם הגוף לא היה בעולם אבל לענין דינא מקרי לאחר שנתגייר גוף אחרינא כדי שלא יהיה דבריהם נגד הגמרא · (דבזמניהם אמרו) דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי · ולפי דברינו זה לא נוכל לומר דהפלוגתא מיירי בשעה שקידשה כשהיתה שפחה שאמר לה שתתקדשי לו לאחר שתשתחררי דזה מיקרי דבר שלא בא לעולם ובודאי אינו חל הקדושין ודוחק לומר דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דזה דוחק גדול לומר שיהיו סוברים שלא כהלכתא אלא ודאי הטעם דרבי זירא שסובר דגמרי הקדושין הוא מהטעם דנפשט הקדושין מהך חציה דבת חורין להך חציה דשפחה ומשום הכי לא מיקרי דבר שלא בא לעולם משום דהקדושין לא היה חל מקודם רק על החציה דבת חורין והך חציה איתא בעולם וא"כ כשנשתחררה תתפשט מהך חציה להך חציה דשפחה :

אך זאת צריכין אנו לבאר לפי מה שכתבנו לעיל דפשיטת הקדושין תלה בדעת המקדש והמתקדשת שהי' ברצונם בשעת קבלת הקדושין שהתפשט הקדושין · שלא נוכל לומר שרצונם היה שיפשוט הקדושין לאחר שתשתחרר אבל קודם השיחרור לא יהיה כח בקדושין להתפשט אף שמצד הדין לא

קריה

*) דיני עבד ושפחה, וגם דיני קנין סודר ובדומה היו נוהגים רק בזמן התנאים ולא בזמנ"ו

תהי' מניעה מגופה להתפשט כי אין ברצונה שתתפשט הקדושין קודם השיחרור רק לאחר השיחרור יעוררו הקדושין ותתפשט · דזה בודאי לא נוכל לומר כיון דבשעת קבלת הקדושין לא היה כח בהקדושין להתפשט האיך יעוררו הקדושין אח"כ להתפשט · וגם אין לומר שדעתה ורצונה שלאחר השיחרור יעקרו הקדושין שקידשה מקודם ותהי' מקודשת מחדש לאחר השיחרור דמיירי שקידשה בכסף ומעות הקדושין יהיה בעין ועיין בתוספות קדושין (דף ס"ג ע"א) ד"ה כגון · דהא כתב הר"ן בריש פרק האומר ד"ה האומר לאשה וכו' וכבר כתבתי בפרק המגרש בבעי דבעיא מיניה רבא מרב נחמן היום אי את אשתי ולמחר את אשתי פירש דגירשה רק על יום אחד בלבד מהו דפשטינן בה כיון דפסקה פסקה פירוש ותהי' מגורשת לעולם וכו' אבל לדברי הרמב"ם ז"ל שכתב בפרק שמיני מהלכות גרושין דאינה מגורשת והטעם כתבתי שם כמו כן אף בקדושין אם קדשה על שלשים יום ולאחר שלשים יום יבטלו הקדושין אינה מקודשת כלל שניתי קצת לשונו כדי להבין הענין מתוך שכתבתי בקיצור · אך שראיתי בהמפרש בירושלמי במסכת קדושין פרק שליפי הלכה א' במראה פנים ד"ה הרי · לאחר שהביא דברי הר"ן הנ"ל כתב וז"ל ותימא רבתא היכא הכא · דהא בקדושין אמרינן פרק ג' דנדרים (דף כ"ט) מה אילו אמר לאשה היום את אשתי ולמחר אי את אשתי מי נפקא בלא גט · וא"כ איך כתב שלפי דברי הרמב"ם אינה מקודשת כלל וגברא רבה קא אזיל הכא אבל הקושיות שלו אנכי איני מבין · דהא לפי מאי דבעאי רבא מרב נחמן היום אי את אשתי וכו' שהבאתי לעיל והדר פשטה מסתברא בין לרבי אליעזר ובין לרבנן כיון דפסקה פסקה ולפ"ז סובר רבא דהדין בקדושין לזמן ג"כ מקודשת לעולם דהא הר"ן למד זאת שהרמב"ם ס"ל שאינה מקודשת אם קדשה לזמן לפי שאינו פוסק כרבא עיין בר"ן ריש פרק המגרש ד"ה גרסינן בגמרא בעי מיניה רבא וכו' הטעם מפני מה לא פסק הרמב"ם כרבא ; נמצא לפ"ז דלרבא אם קדשה לזמן מקודשת לעולם ושם בנדרים איתא מהו אילו אמר לאשה היום את אשתי וכו' רב המנונא קאמר לה והוא סובר כרבא ע"כ פריך מזאת שמצד הסברה פריך כמבואר שם כי אינה לא משנה ולא ברייתא רק שמצד הסברה נראה לו זאת ורבא דהולך לשיטתי' דהוא סובר דאם גרשה לזמן כיון דפסקה פסקה וא"כ יהיה הדין גם בקדושין דמקודשת לעולם משו"ה השיב לרב המנונא ע"ז שלא דמי הך היום את אשתי להך דלעיל · אבל הרמב"ם כיון שיש לו ראיה שלא לפסוק כרבא כמבואר בר"ן שהבאתי לעיל גם זה יהי' ראיה שלא נפסוק כרב המנונא וא"כ לא קשה מידי על הרמב"ם וממילא יסתלקו שאר דבריו לפי דברי וק"ל :

וכיון דכתבתי בשם הרמב"ם שאם קידשה לזמן לא חל הקדושין כלל א"כ לא נוכל לומר כשקידשה כשהיתה חציה שפחה דעתו היה שלאחר השיחרור יהיה נעקר הקדושין שהיה מקודם ויהיה מקודשת מחדש הוה כמו קידשה לזמן ואינו מקודשת כלל בקדושין הראשונים ומגמרא משמע דחל הקדושין הראשונים כשהיתה חציה שפחה דהא בגמרא איתא חציה שפחה וכו' וחזר ונתקדשה לשמעון כו' רב יוסף וכו' אמר רב נחמן פקעי קדושי ראשון משמע מדאמר רב נחמן דפקעי קדושין לאחר שנשתחררה הא מעיקרא קודם שנשתחררה הוה קדושין דאם לא כן מאי שייך לשון פקע כיון דמעולם לא היו בה קידושין · וכי תימא דבהא פליגי למאן דאמר פקעי סובר כרבא דאמר בהיום את אשתי כיון דפסקה פסקה · וא"כ הכא נמי בקדושין ג"כ מקודשת אפילו הכי סבירא ליה דפקעי דסובר כשמואל דבכורות שהבאתי לעיל דאין בנו פדוי · ומאן דאמר גמרי סבירא ליה דחזר ביה רבא מזה מדקאמר (בדף פ"ו) לאפוקי מדבעיא רבא מרב נחמן דאמר הרי את אשתי ופשט ליה כיון דפסקה פסקה · ואפילו הכי תקון דלא ליעבד' הכי דחזר ביה לפי שיטת הרמב"ם כמבואר בר"ן שם ובמראה פנים שם · ולהכי ס"ל דגמרי הקדושין דבעת שקידשה חצי שפחה דעתו היה שתעקר הקדושין כשתשתחרר ותהיה מקודשת מחדש באותן המעות שקידשה מכבר לאחר שנשתחררה ולהכי גמרי הקדושין ומקודשת לראשון אף דלשון גמרי הוא דחוק דמשמע דגמרי הקדושין הראשונים שהיו מכבר וקדושין הראשונים הא לא חלו מעולם לאחר שחזר בו רבא לפי שיטת הרמב"ם · נוכל לדחוק דקאי על המקדש הראשון שנגמרה קידושיו ולא קאי על הקדושין · דזה לא נוכל לומר דמאן דאמר גמרי סבירה ליה דחלו הקדושין בעת שהיתה חצי שפחה דסבירא ליה כרבא קודם שחזר ומשום הכי גמרי דסובר כרב דבכורות הנ"ל דאמר בנו פדוי · דא"כ אף שבדעתו היה שלאחר השיחרור יהיה פקעי הקדושין ותתקדש מחדש מ"מ כיון דבשעה שקדשה לא היה רצונה להתפשט הקדושין בעת הזה אין סברא שלאחר שישתחררו יפשטו הקדושין כמש"כ לפי שיטת הרמב"ם · א"כ היאך נוכל לומר שרצון של המקדש שלאחר שנשתחררה תהי' מקודשת מחדש באותן המעות · הא הוה דבר שלא בא לעולם דהא הקדושין הראשונים לא חלו והוי כאומר תתקדשי לי לאחר שאשתחררי דאינה מקודשת מפני שהוא דבר שלא בא לעולם · וכי תימא כיון דבכך חציה דבת חורין יכול לקדשה אף קודם שנשתחררה לכן יכול לקדשה שיחולו הקדושין על כך חציה אף לאחר שתשתחרר כיון דבידו לקדשה כעת כדאיתא בקדושין (בדף ס"ב) אמר לו כל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי וכו' עד כאן לשון הגמרא וכיון שחל הקדושין על כך חציה חל נמי הקדושין על כך חציה שהיתה שפחה מקודם אבל זה אינו כיון דכך חציה דשפחה הוי כמו שלא בא לעולם לא חל אף במיגו כדכתבתי לעיל בשם הסמ"ע ולשאר פוסקים החולקים על הרמב"ם שפוסקים כרבא דאם גירשה לזמן מגורשת לעולם כמו כן אם קדשה לזמן מקודשת לעולם דילפינן מהדדי כמו שכתבתי לעיל וא"כ אף שבדעתו היה שלאחר השחרור יהיה פקעי הקדושין ותתקדש מחדש מ"מ לא פקעי הקדושין הראשונים ומקודשת לעולם מקדושין הראשונים וגם לפי מה שכתב הבעל משנה למלך פרק רביעי מהלכות אישות דין ז' דיש חילוק בין דבר שמחוסר מעשה דהיינו גט שיחרור ושימות בעלה או אחותה ומשו"ה לא מהני האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאשתחרר דמחוסר מעשה אבל הכא דאינו מחוסר מעשה כי אם זמן וזמן ממילא קא אתי אפשר דלא הוי דבר שלא בא לעולם ומשום הכי קטן שקידש ואמר הרי את מקודשת לי לאחר שאגדל הוה קדושין והביא כמה ראיות לזה עי"ש · ולפ"ז לא שייך הך פלוגתא דרב ושמואל להך דהכא דהא התם הוה רק מחוסר זמן והזמן ממילא קא אתו אבל הכא מחוסר מעשה השיחרור ולא ממילא הוא · וא"כ לא חל הקדושין בקידשה מקודם שנשתחררה שתהיה מקודשת לאחר שנשתחררה ועיין עוד במשנה למלך בפרק ששי מהלכות גרושין הלכה ג' שמחלק ג"כ בין דבר שמחוסר מעשה ובין דבר שמחוסר רק זמן אלא ע"כ מוכרחין אנו לומר דלרבי זירא דס"ל דגמרי הקדושין דעתה ורצונה היה בעת שחלו הקדושין שתתפשט הקדושין בכל גופה לאחר שתשתחרר ולפ"ז תלוי דין זה אי אמרינן ברירה דהוברר הדבר בעת שחל הקדושין שתשתחרר א"כ ותהיה רצונה שתתפשט הקדושין והוה כעין ברירה שמוזכר בגיטין (דף כ"ה ע"א) דאם אמר ללבלר כתוב לאיזו שתצא מפתח תחילה דתלוי דין זה בדין ברירה ע"ש וכמו שהקשה הבעל שאגת אריה הבאתי לעיל אם אמר התקדשי לי לאחר שתשתחרר תלוי דין זה בדין ברירה ולפ"ז ניחא מאי דפסק הרמב"ם שאם אחר שנשתחררה בא אחר וקידשה הרי זה ספק מקודשת לשניהם משום דאזיל לשיטתיה דפסק דבדבר שהוא מדאורייתא ספק אי אמרינן יש ברירה או אין ברירה עיין ברמב"ם פרק ג' מה"ל גרושין הלכה ד' והטעם דמ"ד דגמרי הקדושין משום דס"ל יש ברירה ומאן דס"ל פקעי סובר דלא אמרינן ברירה · ולא תוכל לטעות ולומר כיון דלאחר השחרור לא חל הקדושין על החציה דשפחה רק מחמת התפשטת

קדושין

קדושין כולה · וא"כ חל ממילא הקדושין על החציה השניה וכדכתבתי לעיל · ומשו"ה חל הקדושין לאחר שנשתחררה על החציה שפחה דהיתה מקודם אף שהוא דבר שלא בא לעולם כיון דעיקר הקדושין הוא חל על החציה דבת חורין והיא ישנה בעולם וא"כ כשנשתחררה נתפשט הקדושין ממילא בכל גופה וכמו כן ה"נ כיון שעיקר הקדושין חל שלא מטעם דברירה וממילא תתפשט הקדושין מכך הליה על כולה גופה לאחר שתשתחרר · דזה אינו דיש חילוק גדול דבשלמא בכך דלעיל נוכל לומר כן דרצונה ודעתה היו שעיקר הקדושין והכה שיש לו בקדושין להתפשט יהי' חל רק אחציה דבת חורין שישנה בעולם ובויה הם עיקר הקדושין · והכה שלו חל רק של דבר שבא לעולם וכשמתפשט הקדושין כשנשתחררו ג"כ ישנו בעולם אבל בכך דאיירינן הכא לא נוכל לומר כן דא"כ מצינו שהטפל יהיה עדיף יותר מעיקר דעיקר הקדושין לא יוכלו לחול בדבר שהוצרכנו לומר ברירה לפי שאין ראוי שיחול דבר על הספק כמבואר בר"ן בנדרים בריש פרק השותפין והטפל שנתן כח בקדושין להתפשט · יהיה חל על הספק דבשעה שאמרינן שנפשטה הקדושין מוצרכין אנו לומר דיש ברירה ויהיה הכה עדיף מעיקר הקדושין ואינה שויה ולפ"ז יהיה ניחא דברי הרמב"ם · ואף דבעת שחל הקדושין לאחר שנשתחרר נתברר הדבר אז בנשתחררה וגם רצונה שתפשט הקדושין ואפ"ה הוה רק ספק קדושין דתלוי הדבר בברירה :

פרח ו אות א

ומשום זה פסק הרמב"ם בפרק שביעי מהלכות אישות הלכה י"ב וז"ל האומר לאשה הרי את מקודשת לי מעכשיו לאחר למד יום בדינר זה ובא אחר וקדשה בתוך הל' יום הרי זה מקודשת מספק לשניהם לפיכך שניהם נותנים גט בין בתוך הל' יום בין לאחר הל' יום · הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר למד יום ובא אחר ואמר הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר כ' יום ובא אחר ואמר הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר יוד ימים אפילו הן מאה על הסדר הזה קדושי כולן תופסין בה וצריכה גט מכל אחד ואחד מפני שהיא ספק מקודשת לכולן עכ"ל וכתב עליו הר"ן בפרק האומר כיון שפוסק כרבי יוחנן דאמר בקדושין (דף ע"א) אפילו הן מאה תופסין בה ולפ"ז דבריו תמוהים הם הרבה שהרי סוגיתינו מוכחת דלרבי יוחנן קדושי ודאי נינהו ולמה פסק שמקודשת לכולם מספק · וכבר השיג עליו בזה הרב רבי משה הכהן · ואפשר מפני שמסתפק לו אי קיל"ן כרב או כרבי יוחנן כתב שאפילו מאה תופסין בה בספק אבל עדיין אינו מספיק לי מפני שכתב ואפילו הן מאה על סדר הזה דמשמע דוקא בשכלה זמנו של שני בתוך זמנו של ראשון וכבר כתבתי דלרבי יוחנן אפילו אמר לה שני מעכשיו ולאחר ארבעים קדושיו תופסין ולא נתברר לי דבריו עכ"ל הר"ן בקיצור · ועיין בשאר מפרשי הרמב"ם · ולפי דעתו ידע בעצמו שלא מצא תירוץ נכון · והנלפע"ד לתרץ דאף דמצינו דרבי יוחנן סובר אין ברירה גבי אחין שחלקו לקוחות הן וכו' עיין בגיטין (דף כ"ה ע"א) וכן גבי שנים שלקחו חביות בשותפות סובר רבי יוחנן דאין ברירה ואוסר להוליך כל אחד לאחר שחלקו החביות מחוץ לתחום חבירו כדאיתא בביצה (דף ל"ז ע"ב) וכן סובר רבי יוחנן בבכורות (דף נ"ו ע"ב) גבי אחין שחלקו יורשה תבעה כנגד תבעה ועשרה נגד עשרה אין אומר זה חלקו שהגיע משעה ראשונה לכך הייתו דוקא בדבר שאינו עומד להתברר ומצינו חילוק זה בתוס' בכמה מקומות ואחד מהם בגיטין (דף כ"ה ע"ב) ד"ה רבי יהודא ורבי יוסי ורבי שמעון אוסרין וכו' · וכן מחלק רבי יוסי דאף דסובר בשאר מקומות דלא אמרינן ברירה אבל בדבר שעומד להתברר סובר דיש ברירה עיי"ש · וכן פירשו שאר מפרשים ראשונים ואחרונים · ולפי דעתי גם רבי יוחנן ס"ל האי חילוק ולכן דוקא גבי אחין שחלקו לקוחות וכו' וכן גבי הביוה וכן גבי אחין שחלקו עית כנגד עית כו' התם אינו עומד להתברר דדלמא לא יחלקו האחים הירושה ויבארו בתפיסת הבית כבראשונה וכן גבי חביות אפשר לא יחלקו החביות או שיכול להיות שימכרו השני חלקים ביחד לאחר או שיעשה בה איזה דבר שיש להם בשותפות או שאר דברים כיו"ב [ועיין בתוספות הנ"ל מה שהקשו למאי דס"ד דר' יהודה לית ליה ברירה א"כ סבר כרבי יוחנן מוכח ג"כ דאינו עומד הדבר להתברר כהך דרבי יוחנן דאל"כ לא מקשי מידי ודו"ק] · אבל בדבר שעומד להתברר סובר רבי יוחנן דאמרינן ברירה ולא תיקשי על דברינו דבמרובה (דף פ"ט ע"ב) דפריך דרבי יוחנן אדרבי יוחנן דבההיא דכל המתלקט אית ליה ברירה וגבי אחין שחלקו במעינן דלית ליה ברירה וחוזר בה הש"ס מתוך קושיא זו · מפני מה חוזר בו הגמרא הא נוכל לשנויה דבאחין שחלקו אין עומד הדבר להתברר ומשום הכי סבירא ליה לר' יוחנן דאין ברירה אבל גבי כל המתלקט עומד הדבר להתברר ומשום הכי יש ברירה · ויש לומר · הכא דאינו שוי הדבר להתברר כל כך · ואף אם האמר דגבי כל המתלקט עומד הדבר להתברר ג"כ לא קשה מידי דהא מצי הש"ס לתרוצי גם באופן אחר שלא תיקשי דרבי יוחנן אדרבי יוחנן עיין בתוס' גיטין בד"ה המתחיל דרבי מאיר וכו' וכתבו התוספות שם הטעם דמתרץ הגמרא בה באופן אחר דניחא ליה לומר לעולם כל הנלקט כדקתני במתניתין וגם ניחא ליה למימר לעולם לא תיפוק וכו' עיי"ש · וגם הא דסובר רבי יוחנן בגיטין (דף כ"ה ע"א) דאף אחרון נמי אינו פוסל (פירוש הא דקתני במתניתין יתר על כן אמר ללבלר כתוב לאיזה שארצה אגרש פסול לגרש בו מחמת דאין ברירה סובר רבי יוחנן דאף אחרון אינו פוסל לכהונה) ובזה ג"כ אינו עומד הדבר להתברר דדלמא לא ירצה א"כ לגרש שום אשה וכן כתב הים של שלמה בפרק הפרה בסימן ל"א · ולפי מה שכתבנו דאף דרבי יוחנן סובר אין ברירה אבל בדבר שעומד להתברר אמרינן יש ברירה · בזה יהיה מתורץ לנו הא דקשיא לן בזה דסובר רבי יוחנן אפילו קדושי מאה תופסין בה אם הראשון קדשה מעכשיו ולאחר שלשים יום דרואה שבך כל חד וחד להבריה. כפרגי דליבני עיי"ש ברש"י ובתוס' והקשה שם התוספות דהא קיי"ל האומר לאשה הלייך מקודשת לי אינה מקודשת וכה"ג הקשה הר"ן וכן הקשה הריטב"א כה"ג · ותירץ הריטב"א וז"ל אבל הנכון דודאי מודי רבי יוחנן דשיור פוסל בקדושין כמו בגרושין מיהו ס"ל שאין שיור פוסל אלא כשהוא משייר לעולם כגון חוץ מפלוני או חוץ ממזונותייך וכיוצא בו אבל הכא שאין שיורו אלא עד ל' יום וכל היכי דאילו לא מיקדשא לאחרים עד למד יום ולבי מטו ל' יום הוו קדושין גמורים לא הוי שיורא · אלא הקדושין חלין מעכשיו והולכין ונגמרין עד למד יום כמ"ש הירושלמי כו' עכ"ל הריטב"א · ולפ"ז סובר רבי יוחנן כל קדושין דמשייר אינה מקודשת וא"כ אמאי סובר רבי יוחנן קדושי מאה תופסין בה ולראשון ג"כ מקודשת הא הראשון שייר בקדושי' עד למ"ד יום ואינו ידוע אם יבוא אחר וקידשה תהיה מקודשת לו רק החציה · ואם לא יבוא אחר ויקדשה תהיה מקודשת לו כולה וזה יהיה תלוי ברצונה אם תהיה רצונה להתקדשה לאחר או לא וגם תלה ברצון המקדש אם יהיה רוצה לקדשה לו א"כ החציה השנית אם תהי' מקודשת לראשון תלה הדבר בברירה אי אמרינן יש ברירה תהיה מקודשת לראשון אם לא בא אחר וקידשה ואם אמרינן אין ברירה אז החציה השניה אינו מקודשת לראשון אף אם לא בא אחר וקידשה כי אינו חל השעבוד על הספק כמ"ש הר"ן בריש פרק השותפין · וכיון דחציה השניה תלוי בברירה ורבי יוחנן ס"ל דאין ברירה כמ"ש לעיל א"כ החציה השניה אינה מקודשת לו אף אם לא בא אחר וקידשה ולפ"ז גם החציה הראשונה ג"כ אינה מקודשת להראשון משום דיש שיור בקדושין וא"כ קשה לן אמאי סובר רבי יוחנן דקדושי מאה תופסין בה ומקודשת גם לראשון הא רבי יוחנן ס"ל דאין ברירה וא"כ החציה השניה אינה מקודשת לראשון משום דאין ברירה כנ"ל וחציה הראשונה אינה מקודשת נו משום דיש שיור

שבקדושין · ואין להקשות דלפי מה שכתב בהשגת הר"ש בסימן נ"ג דעד כאן לא קאמר דלמאן דאמר אין ברירה לא מהני בתולה תנאי בדעת אחרים אלא באומר לכשיתקיים התנאי יהיו קדושין או גירושין למפרע בזה איכא למ"ד אין ברירה · דלא אמרינן לכשיתקיים התנאי הוברר הדבר משעת קדושין או גרושין שיה ראוי ועומד להתקיים ומאותו שעה חלין הקדושין או הגרושין למפרע · אבל אם אמר לכשיתקיים התנאי מאותו שעה ולהבא יהיו חלין הקדושין או הגירושין ולא למפרע דבריו קיימים ואין כאן משום יש ברירה או אין ברירה לפ"ז נוכל לומר הא דאמר ר' יוחנן דקדושי מאה תופסין בה כוונתו שדעת המקדש הראשון היה שיחולו הקדושין על מה שבייר רווחא לחבירו לאחר ל' יום אבל לא קודם לכן אף דקאמר מעכשיו כוונתו היה שיתחילו הקדושין שלו מעכשיו שיחולו הקדושין מעכשיו על מה שלא שייר לחבריה אבל מה בשייר לחבריה לא יחולו רק אחר שלשים כשלא יקדשוה אחר לפ"ז אין תלוי הדבר בברירה כלל · אבל זה אינו דהא כתב הרשב"א בתשובה בסימן תס"ז ולפיכך אפילו לרב אי אפשר לכתוב לה גט עד שלשים יום עד אותו זמן ואין גט אלא לאחר זמן קדושין ובזה רב לחומרא ור' יוחנן לקולא דלר' יוחנן כולהו היילי מעכשיו וכדאמר ר' יוחנן אפילו קדושי מאה תופסין בה אלא דכל חד וחד רווח' שבק להברי' והילכ' משעתא גמרי קדושי כולן ויכולין הם ליתן גט משעתא עכ"ל והביאו הבית שמואל בסימן מ' בסעיף קטן ה' דלהפוסקים שפסקו כר' יוחנן ויכולין ליתן גט לאלתר הרי מוכח דחל הקדושין גם על הך מה בשייר לחבריה משעתא וגם מדברי רבינו הריטב"א מוכח כן שחל הקדושין גם על מה ששייר לחבריה משעתא אם לא יקדשוה אחר · דזה לשונו והאמר מורי רבינו נר"ו דכי אמרינן דכל חד מנייהו רווחא לחבריה שבק היינו לקדושין אבל לזנות לא שבק רווחא דא"כ הרי מותרת בזנות לכל העולם תוך זמן זה ומה איסות יש כאן או מה מועיל מעכשיו שלו אלא ודאי כדאמרן · ואפילו לאותן שקדשו אותה אפשר דאסורה בביאה שאין אשה אחת ראוי לכמה אנשים להשתמש זה כנגד איסות של זה וכל מה דאפשר למגדר משורה דידיה גדרינן הלכך הרי היא אסורה להם עד כאן לשונו · הרי זה מוכח מדבריו דיכול להיות דמותר להמקדשים לבוא עליה · וכדכתב בלשון אפשר דמשמע דמספקא ליה וזאת פשיטא ליה שבזנות אסורין לבוא עליה מדכתב בלשון ודאי · ואם איתא דעל מה ששייר לחבריה לא חלו הקדושין כעת אמאי פשיטא ליה דבזנות אסורין לבוא עליה דהא כיון ברצונה לזנות הזרה מהקדושין שיחולו לאחר שלשים יום ויכולה לחזור על הך רווחא בשייר להבריה כיון שלא חלו הקדושין משעתא רק לאחר ל' יום אמאי פשיטא ליה להריטב"א דאסורה בזנות הא יכול להיות דמותרת בזנות כמו דמספקא ליה אם מותר לבוא עליה אותו שקדשה אלא ודאי דחלו הקדושין משעתא גם על הך מה ששייר לחבריה ומשום הכי אינה יכולה לחזור ואסורה בזנות בודאי · ואין לתרץ לפי מה שכתב הר"ן בסוף פ"ק דגיטין בד"ה וגמגה · וכן נמי אי כתב בשטר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתיך מצי מחיל ונותן טעם לדבריו דאפילו כתב לו הכי לא מהני לאישתעבודי ליה מדאורייתא דאין ברירה כן דעת הרמב"ן וחולק עליו הר"ן דכי אמרינן אין ברירה הני מילי במילתא דאי דהאי לאו דהאי · אבל הכא אפשר שיהיה משועבד לכל העולם זה אחר זה הלכך לא שייך הכא ברירה כלל וכו' עיי"ש [ואי תקשי לך על סברת הר"ן מעירובין (דף פ"ב ע"א) ש"מ אין ברירה דאי יש ברירה תגלי מילתא דמשעוד יום הוה ניחא ליה דהא גם שם יכול להיות העירוב לכל · עיין בריטב"א שם דפירוש הטעם דבעינן שעודה הראויה מבעוד יום · וגם בלא הקושיא הזה פירוש הגמרא כך · אף שאין בידי ספר הריטב"א על עירובין כעת כמדומה לו שמפורש שם כן] וא"כ ה"נ גבי קדושין דיכול לתפוס כולם בקדושי זאת האשה · וא"כ לא שייך זאת לברירה כמ"ש הר"ן אבל זה אינו דגבי קדושין לא שייך סברת הר"ן דהא כל חד דמקדש אינו יכול לקדש חלק חבירו רק כל אחד ואחד שבק רווחא לחבריה שיכול לתפוס הקדושין אבל חלקו אינו יכול לקדש · אבל גבי שטר דכתב משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתיך כולם יוכלו לזכות בכל השטר ועיין בקדושין ובר"ן שם · והמלא כדברי · ולפ"ז קושיתי קמה וגם נצבה דהאיך אמר רבי יוחנן אפילו קדושי מאה תופסין בה ומקודשת גם לראשון הא הוא סובר דאין ברירה וא"כ אמאי מקודשת לראשון · ואך לפי מה שכתבתי לעיל בשם הריטב"א הא דלא הוה שיור בקדושין משום דכל היכא דאי לא מיקדשא לאחרים עד ל' יום וכי מטי ל' יום הוה קדושין גמורים לא חשיב שיור כיון דלאחר שלשים יום ליכא שום שיור ושיור לזמן לא הוה שיור ועיין בריטב"א שהבאתי למעלה א"כ לאחר למ"ד יום מבורר הדבר אם נתקדשה לאחרים אי לא וא"כ הקדושין עומד להתברר וכבר כתבתי דאף רבי יוחנן דסובר דאין ברירה מ"מ בדבר העומד להתברר אמרינן יש ברירה משו"ה שפיר קאמר רבי יוחנן דקדושי מאה תופסין בה ומקודשת אף לראשון :

פרח ו אות ב

ואין להקשות על הא דרבי יוחנן לפי מה שכתבו התוס' בגיטין (דף כ"ד ע"ב) דברי המתחיל לאיזה שארצה כו' והאומר ר"י אפילו למאן דסובר בעלמא יש ברירה הכא מודה משום דכתב לה לשמה משמע שמבורר בשעת כתיבה וכן משמע בגמ' כו' ולכאורה קשה לן קושיא אחרת על הא דאיתא בגיטין (דף כ"ה ע"א) דאיתא שם ורבי יוחנן אמר אף אחרון אינו פוסל והבאתי למעלה ומסיק הגמרא שם ואזדא רבי יוחנן לטעמיה דאמר רב אסי אמר רבי יוחנן אחין שחלקו לקוחות הן וצריכי דאי איתמר בהא פירוש גבי גיטין בהא קאמר רבי יוחנן דאין ברירה משום דבעינן לה לשמה כו' עכ"ל הגמרא פירוש דגזירת הכתוב הוא דגבי גיטין אמרינן אין ברירה אבל בעלמא הוה אמינא דיש ברירה והתוספות כתבו שם בע"ב בד"ה דברי רבי מאיר כו' ולעיל ודאי כי מצריך תרי מילי דרבי יוחנן הוה מצי למימר דצריכי דמהאי דלקוחות הן לא הוה שמעינן דאף אחרון אינו פוסל מטעמא דפרישית פירוש לדבריהם משום דכבר כתבו דיש חילוק בין היכא שמברר דבריו ומתנה והאומר שאני עתיד להפריש אמרינן יש ברירה ובהאי דאחין שחלקו אינו מברר כלום לא אמרינן ברירה ומזה הטעם לא הוה שמעינן מהאי דאחין שחלקו דאמרינן אין ברירה דאף אחרון אינו פוסל משום דגבי גט מברר דבריו · ולכאורה קשה מנלן בגט דכתיב לה דאמרינן אין ברירה אף היכא שמתנה ומברר דבריו דגט האחרון דמיירי רבי יוחנן מתנה ומברר דבריו כמבואר שם ובתוספות דלמא הקרא דממעט הא דאמרינן בגט אין ברירה היינו היכא שאינו מברר דבריו ומתנה כגון שהוא כותב הגט בעצמו ודלא בעינן גילוי דעת קודם רק היכא שהסופר כותב בעינן גילוי דעת קודם הכתיבה אבל היכא שמברר דבריו ומתנה אמרינן יש ברירה ואין סברא לומר היכא שאין מברר דבריו ומתנה זה הדין בכל מקום אין ברירה א"כ ע"כ הא דמצרכינן מיעוטא בגט דאמרינן אין ברירה היינו אף היכא שמברר דבריו ומתנה · דזה יהיה ניחא אם היה לנו דרש מן התורה דאמרינן בכל מקום אין ברירה א"כ ע"כ הא דגילתה התורה בגט אין ברירה היינו ע"כ אף שמברר דבריו ומתנה · אבל כיון דזאת ידעינן מסברא בעלמא דלא אמרינן ברירה בכל מקום ולא מן הכתוב א"כ אין סברא לומר דהתורה כמכה על הסברא שאם לא מברר דבריו לא אמרינן ברירה בכל מקו' דלא מצינו בכל מקום שיסמוך התורה קרא על הסברא וקרא יגלה לנו דממ"כ אי ידעינן מסברא ידעינן הכל אף היכא שמברר דבריו לא אמרינן ברירה בגט ואי לא ידעינן לא ידעינן ג"כ אף היכא שאינו מברר דבריו בכל מקום אפילו בגט ואי תימא דהגמרא לא נהית להאי חילוקא שיש חילוק בין מברר דבריו ומתנה מדלא קאמר הגמרא האי צריכותא כמו שכתבו התוס' דהא ע"כ לפי האמת יש חילוק בין מברר דבריו ומתנה אי לא דאל"כ קביא

דרבי יהודה אדרבי יהודה ורבי מאיר אדרבי מאיר כמו שכתבו התוספות הנ"ל · ומוכח דיש חילוק בין היכא שמברר דבריו ומתנה ובין היכא שאין מברר דבריו · וזאת לא נוכל לומר הסקושיא דרבי יהודה אדרבי יהודה ודרבי מאיר אדרבי מאיר הוא אליביה דרבא ואנן איירינן אליביה דרבי יוחנן דהא ע"כ אי אפשר לאוקמא התם בבכורות (דף מ"ח) פלוגתא בענין אחר ומוכח מבכורות שם דרבי מאיר ור' יהודה מספקי להו אי אמרינן ברירה אי לא והוא גבי הלוקח יין אית להו ברירה אלא ודאי דיש חילוק כמ"ש התוספות וא"כ כיון דלפי האמת יש חילוק האיך נוכל למעט מדכתב רחמנא לה גבי גט דלא אמרינן ברירה דילמא היינו דוקא היכא שאינו מברר דבריו ומתנה אבל היכא שמברר דבריו ומתנה נוכל לומר דיש ברירה וכן סובר רבי יוחנן באמת לפי מה שכתבו התוס' בבבא קמא (דף ס"ט ע"ב) ד"ה אלא כו' · הקשה רבינו טוביה תקשי דרבי יוחנן אדרבי יוחנן דלית לרבי יוחנן ברירה הא אמר ר' יוחנן הלכה כסתם משנה וסתם מתניתין בהלוקח כרבי מאיר דאית ליה ברירה וכו' ושמא היכא שמתנה בפירוש לא קאמר רבי יוחנן דאין ברירה ובריש כל הגט דקאמר רבי יוחנן דאף אחרון אינו פוסל משום דאין ברירה שאני התם דכתיב וכתב לה וכו' א"כ לכאורה קשה כיון דרבי יוחנן סובר דיש חילוק בין היכא שמברר דבריו או לא מנלן דבגט ממעט משום דכתיב לה אף היכא שמברר דבריו דילמא לא ממעט הקרא רק היכא שאינו מברר דבריו כדלעיל · וכדי ליישב זאת מוכרחין אנו לומר דזאת ידעינן ממילא אם מוכח מהקרא משום דכתיב לה דאין ברירה · כל מה שצריכין להכשיר הגט מטעם ברירה נמעט הקרא דאין אומרים ברירה · דהא ליכא קרא מיותר להא דאמרינן בגט אין ברירה רק אותו קרא דגילה לנו דבעינן בגט שיכתוב לשמה הוא ממעט שלא אמרינן ברירה בגט מגד הסברה כמ"ש התוס' כיון דבעינן לשמה משמע שצריך שיהיה מבורר מתחילת הכתיבה ולא סמכינן אברירה · וכיון דאף שמברר דבריו ומתנה הוא רק מטעם ברירה ממילא אמרינן דאין ברירה משום דכתיב לה · ואי תקשי לך על זאת הסברא דאיתא שם מאי הוא באותן הימים דתלה ג"כ אם אמרינן יש ברירה עיי"ש (בדף כ"ה ע"ב) וזאת הלכה רווחת בכל הפוסקים דמקודשת אם ימות ולא מחלק דבגט שאני · אך לאחר שתדקדק שם בסוגית הגמרא לא קשה מידי · דמקודם הקשה רב משרשיא לרבא והא רבי יהודה תולה בדעת עצמו לית ליה ברירה וכו' ואחר כך הקשה רבינא לרבא הא רבי שמעון דתולה בדעת עצמו לית ליה ברירה וכו' ואף שנדפס בקושיא השניה ג"כ רב משרשיא עיין בגידו בגליון שצריך לומר רבינא · וכן מוכח ע"כ לומר שאחר הקשה זאת ולא רב משרשיא מדאיתא שם שני פעמים אמר ליה עי"ש ודוק · וא"כ כשהשיב רבא איתא שם אמר ליה בין רבי יהודה ובין רבי שמעון לא שנא תולה בדעת עצמו לא שנא תולה בדעת אחרים אית להו ברירה וכו' ולכאורה מפני מה לא השיב רבא גם לרב משרשיא דשם איתא אמר ליה וכו' דמשמע דרק לרבינא השיב · ומוכרחין אנו לומר שעל קושית רב משרשיא לא הוצרך להשיב משום דשם לא נכלל בלשון ברירה רק הוה כאומר תנאים · ויותר מוכרחין אנו לומר לפי דברי היש"ש בפרק הפרה שכתב שרבא יש לו הירוץ אחרת רק שמשיב לפי דבריו ולמה לא השיב גם לרב משרשיא לפי דבריו אלא ודאי מפני שהסברה פשוטה בעיניו כל כך שלא תלה זאת בברירה · רק הוה כאומר תנאים דעלמא · ולכן לא השיב מידי :

נמצא הדרא סברתינו לדוכתיה שבכל מה שמוזכר בגמרא שמצרכינן לומר מטעם ברירה שאין זה כאומר תנאים ממילא לא אמרינן בגט ברירה משום דכתיב לה דבעינן שיהיה מבורר בשעת כתיבה כנ"ל · ולפי מה שהוכחתי מהגמרא דצריכין אנו לומר סברה כזאת א"כ יהיה קשה לפי מה שהבאתי לעיל בשם התוספות דהא דרבי יוחנן סובר דלא אמרינן בגט יש ברירה משום דכתיב לה א"כ ממילא ממעטינן כל מה שמוזכר בגמרא שמצרכינן לומר שמטעם ברירה הוא ולא הוה כאומר תנאי · ובדבר העומד להתברר מוזכר בגמרא שגם הוא מטעם ברירה ולא מפני התנאי מהא דאיתא שם תולה בדעת אחרים אית ליה ברירה דתניא הריני בעליך ע"מ שירצה אבא וכו' רבי שמעון בן יהודה אומר משום ר"ש רצה האב מקודשת וכו' ומבואר בר"ן שם בד"ה ואיכא למידק וכו' וז"ל אבל בדבר העשוי להתברר מעצמו דאשונה כגון ע"מ שירצה אבא וכגון הרי זה גיטך אם מתי בחולי קימ"ל דיש ברירה וכו' עכ"ל וכן כתב היש"ש בפרק הפרה בסימן ל"א ד"ה וכן וכו' וכל כה"ג קרוי ברירה שאינו עומד להתברר וזה כלל גדול בדין וכה"ג בגיטין כתוב לי לאיזו שארצה דלמא לא יתרצה אה"כ לשום אחת · וכתוב לי לאיזו שתצא מפתח תחילה דלמא שום אחת לא תצא · וא"כ לפ"ז מי שאמר לסופר כתוב לי גט לאשתי על מנת שירצה אבא או הרי את מקודשת וכו' אם רצה מועיל הכתיבה והוא שפיר לשמה נמצא לפ"ז דעל מנת שירצה אבא מיקרי עומד הדבר להתברר ואפילו הכי מוזכר בגמרא שמטעם ברירה הוא וכיון דמטעם ברירה הוא א"כ לרבי יוחנן דסובר דהא דאמרינן בגט אין ברירה משום דכתיב לה א"כ הוא ממעט ג"כ הדבר שעומד להתברר כי גם זה מטעם ברירה כמוזכר בגמרא וממילא ממעטינן גם זה כמ"ש וכיון דבגט לא אמרינן ברירה אף בדבר שעומד להתברר א"כ קשה דגם בקדושין ג"כ לא תהיה מקודשת אף שעומד להתברר דהא כתבינן לעיל דטעם דרבי יוחנן דסובר דקדושי מאה תופסין בה ומקודשת אף לראשון משום דאמרינן בקדושין יש ברירה בדבר העומד להתברר וכיון שהוכחנו דבגט לא אמרינן ברירה אף בדבר העומד להתברר א"כ ה"ה בקדושין נמי לא אמרינן ברירה אף בדבר העומד להתברר משום דכתיב ויצאה והיתה ומוזכר בגמרא בכמה מקומות בש"ס ה"ל הכי ואין סברא שיחלוק על זה רבי יוחנן :

ואי תקשי לך על דברינו שאנו אומרים שעל מנת שירצה אבא תלה הדבר בברירה : ומה היא באותן הימים באומר מעכשיו אם אמות יהיה גט אינו תלוי בברירה והוה כאומר תנאים מה חילוק יש בין זה לזה דשניהם מיקרי עומד להתברר וגם תולה בדעת אחרים ואומר בדרך תנאי · דזה לא קשה כדאיתא בר"ן שם בשם הרמב"ן וז"ל שם וכי תימא על מנת שירצה אבא וכו' ואפילו הכי מוכח מינה בשמעתין דאית ליה לרבי שמעון ברירה בתולה בדעת אחרים · התם היינו טעמא לפי שהוא דבר המסור ללב וכל כי האי גוונא למ"ד אין ברירה וכו' עכ"ל אבל בכך מעכשיו אם מתי שאינו תלוי ברצון הלב הוה כאומר תנאים ולא מתורת ברירה הוא ומה שכוללם הר"ן שהבאתי לעיל על מנת שירצה אבא והרי זה גיטך אם מתי משמע ששניהם יחד מטעם ברירה · לפי דעתי הוא שגרא דלישנא שלא בא לכתוב רק הדין ולרב משרשיא תלה בברירה רק שאין הדין כן וכיון שלא קשה על סברתינו וכבר הוכחנו מהגמרא זאת הסברא לפי זה קשה על כך דרבי יוחנן כ"ש לעיל · ויש לתרץ דר' יוחנן אזיל לשיטתיה דהוא סובר בירושלמי דקדושין בפרק האומר בהלכה א' וזה הלשון רבי אבוה בשם רבי יוחנן הרי זה עולה ל' יום כל שלשים יום הרי זה עולה לאחר שלשים יום יצאת לחולין מאליה מעילתה מאי היא וכו' הרי את מקודשת לי ל' יום הרי זו מקודשת פירוש מקודשת לעולם עיין במפרש שם מה בין הקדש ומה בין אשה וכו' אמר רבי יצחק בן אליעזר הדא דאת אמר מקודשת כשקדשה בכסף אבל אם קדשה בשטר הואיל ולא למדו כתב קדושין אלא מגירושין מה גירושין אינה מגורשת אף בקדושין אינה מקודשת וכו' עכ"ל הירושלמי · א"כ נוכל לומר דהא דאמר רבי יוחנן דקדושי מאה תופסין בה ומקודשת אף לראשון מיירי כשקידשה בכסף וקדושי כסף לא מקשינן לגירושין דדוקא בקידושי שטר מקשינן לגירושין כמבואר בירושלמא ולפ"ז נוכל לומר אף שכבר הוכחנו דלא אמרינן בגט ברירה אף היכא שעומד להתברר וא"כ יהיה הדין גם בקדושין כן מדכתיב ויצאה והיתה היינו דוקא בקידושי שטר אבל היכא דמיירי דקידשה בכסף אמרינן שפיר יש ברירה היכא דעומד הדבר להתברר :

וא"כ לפי דברינו זה יהיה ניחא מה שפסק הרמב"ם דהוה רק ספק קדושין אף דר' יוחנן סובר דהוה קדושין ודאין · דהרמב"ם יש לו ראיות מהגמרא שלא לפסוק כרבי יוחנן ; א' · שכתב הרא"ש בקדושין שם שלא לפסוק כרבי יוחנן וז"ל שם ועוד דפליג בתרא דגיטין (דף פ"ב ע"ב) דדחיק הגמרא למצוא אשת שני מתים ולרבי יוחנן משכחת לה כה"ג · אך דלפי' רש"י שם בגיטין ד"ה והלא שני מתים אין ראיה משם עיי"ש · אבל הרא"ש אינו מפרש כן מ"מ אין יכולין להביא ראיה מגיטין שלא לפסוק כר' יוחנן דיכולין לפרש כפירש רש"י · אבל נראה להביא ראיה שלא לפסוק כר' יוחנן מיבמות (דף ל"א ע"ב) ואי זיקת שני יבמין דאורייתא חליצה נמי לא תבעי אלא מדרבנן וכתבו התוס' שם משמע דאשת שני מתים בשום מקום לא הוה אלא מדרבנן וכו' · ולרבי יוחנן משכחת לה דאשת שני מתים דאורייתא · ואף שראיתי להרשב"א בחידושיו בפרק המגרש (דף פ"ב) בד"ה והא דאמרינן כו' · והכתי קשיא לי כי לא קריה לה אשת שני מתים מאי הוה · והיכא מישתריא ללוי · ובאידך נמי דבא ראובן וקדשה חוץ משמעון ובא שמעון וקדשה סתם דאסרינן ליה ללוי משום אשת שני מתים מ"ש משום אשת שני מתים · תיפוק ליה משום · כל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עליה הרי היא כאשת אח שיש לו בנים ואסורה לעולם דהא כי מית ליה ראובן הכתי אסור ללוי משום קדושי שמעון ובכי הא ליכא מאן דפליג דאפילו רב דפליג עליה דרבי יוחנן ביבמות (דף כ"ז ע"ב) דלא אמרינן בה כל יבמה שאין אני קורא היכי דקאי באפיה זיקה דרבנן הכא דקאי באפיה ערוה דאורייתא מודה כדאיתא התם כו' עכ"ל · ומסיק הרשב"א שם דלא משכחת אשת שני מתים כה"ג אלא כשמתו שניהם בבת אחת וכרבי יוסי הגלילי דאמר אפשר לצמצם א"כ לפי מאי דלא קי"ל כרבי יוסי הגלילי לא משכחת אשת שני מתים ולהכי אמרינן בגמרא שפיר דלא משכחת אשת שני מתים מדאורייתא ולפ"ז ליכא ראיה להרמב"ם :

ונלפע"ד לתרץ קושית הרשב"א בדרך נכון דאיתא בכריתות (דף י"א ע"א) איזו שפחה כל שחציה שפחה וחציה בת חורין (פירש וזה שפחה חרופה האמורה בתורה ועל זה נאמר בתורה לא יומתו כי לא חופשה הא חופשה יומתו) ועיין בגיטין (דף מ"ג ע"ב) אמר רבי זירא כוותי דידי מסתברא וכו' וכן פסק הרמב"ם (פרק שלישי מהלכות איסורי ביאה הלכה י"ג) וז"ל שם שפחה חרופה האמורה בתורה הוא בחציה שפחה וחציה בת חורין ומקודשת לעבד עברי שנאמר לא יומתו כי לא חופשה הא אם נשתחררה כולה היו חייבין עליה מיתת ב"ד (בימי הסנהדרין) שהרי נעשית אשת איש גמורה כמו שבארנו בהלכות אישות עכ"ל וזה מבואר בגיטין (דף מ"ג) שהמקדש חציה שפחה וחציה בת חורין נתפסת הקדושין בהך חציה דבת חורין · ולפ"ז אמאי לא היו מחייבין עליה מיתת ב"ד אף קודם שנשתחררה הא בהך חציה דבת חורין מקודשת קדושין גמורים אלא ודאי דלא חייבה התורה אם בא על אשת איש אלא היכא שנתקדשה כולה אבל היכא דלא נתקדשה רק בחציה לא היו מחייבין עליה מיתת ב"ד לכן דוקא אם בא עליה אחר שנשתחררה דגמרה קדושיה ומקודשת כולה חייב אבל קודם השחרור כיון דלא נתקדשה רק חציה לא היו מחייבים מיתה רק מלקות וקרוב בעיני לומר דהא שהיו חייבים מלקות קודם שנשתחררה היינו דוקא אם מאורסת לעבד עברי משום שעכ"פ נתפס קצת קדושין בהך חציה דשפחה כמ"ש הרשב"א שהבאתי למעלה בפרח הקודם לזה · אבל אם קידשה בן ישראל דאין לבן ישראל שום קצת תפיסת קדושין על הך חציה דשפחה לפי דברי הרשב"א הנ"ל אם בא עליה אחר אינו חייב עליה אף מלקות רק איסורא בעלמא עביד · ובזה יהיה מתורץ קושית הרשב"א דבשלמא בהך יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עליה הרי זו כאשת אח שיש לו בנים ואסורה היינו משום דקאי התם לאפיה איסור אשת אח כיון שלא היתה בשעת נפילה · ואיסור אשת אח לא תעשה שיש בה כרת ולהכי לא דחי ליה עשה דיבום · אבל הכא גבי אשת שני מתים דאיירינן בה אף שלא מתו שניהם בבת אחת ורק אחד מהם אף דקאי באפיה איסורא דאשת איש דמקודשת לאח השני ונמצא קאי לאפיה תרי איסורין איסורא דאשת איש ואיסור אשת אח בכל זאת אינו חייב מלקות על שום אחד מהם כיון דאינה מקודשת לאח השני רק חציה · וכבר הוכחנו שאין חייבים עליה שום דבר רק היכא דמיקדשה כולה ולא כשמקודשת רק חציה וא"כ אתי עשה דיבום ודחי את האיסורין בעלמא כי דוקא ל"ת שיש בה כרת הוא דלא דחי עשה דיבום אבל ל"ת בעלמא דחי כמבואר ביבמות (דף כ') עיי"ש · ובכמה מקומות · ומכ"ש בהא דאף ל"ת ליכא רק איסורא בעלמא · וזה אין נפקא מינה לומר שיש חילוק בין חד איסור ובין תרי איסורין דחד איסורא דחי ולא תרי איסורין דהא כתבו התוס' ביבמות (דף ג') ד"ה לא תעשה כו' הא לא מפלגינן בשום מקום וילפינן מכלאים בציצית אפילו תרי איסורי וכן כתבו התוס' בנזיר (דף מ"א ע"ב) ד"ה ואי כו' ועוד כיון דגלי לן בזקנו דדחי עשה דגילוח · לאו ועשה דכהנים · לאו דהשחתת זקן ועשה דקדושים וה"ה שידחה שני לאוין ועשה דאין סברה להם לחלק בין לאו אחד ובין שני לאוין עכ"ל ועיין עוד בנזיר (דף מ"א ע"ב) ולרבי ישמעאל כהן גדול ונזיר מנא ליה כיון דשרי רחמנא חד לאו גבי מת מצוה מה לי חד לאו ומה לי תרי לאוין ועל זה יש לפקפק קצת · וכיון דהוכחנו דאתי חד עשה ודחי אפילו לתרי לאוין כש"כ דאתי עשה ודחי תרי איסורין בעלמא ולפ"ז אפילו כשמת רק אחד מהם אתי עשה דיבום ודחי האיסורין מה שהכתי אגודה לאחיו השני · וא"ת דהכי אמרינן אתי עשה ודחי את ל"ת היינו היכא דעקירת הלאו עם קיום העשה הוא בדבר אחד כגון כלאים בציצית דמטיל בסדין של פשתן חוט של צמר שהוא תכלת דבאותו חוט שהוא עובר בלאו של כלאים מקיים לעשה של תכלת אבל הכא הקיום העשה ועקירת הל"ת אינו בדבר אחד שהעשה דיבום הוא בהחציה שהיתה מקודשת לאחיו הראשון ודחיית האיסורין הוא בחציה השניה שמקודשת לאחיו השני וא"כ נוכל לומר דלא דחי בכה"ג · דהא כתב הטורי אבן בראש השנה (דף כ"ח) בד"ה הרי עובר בבל תוסיף שכתב דאף בכי האי גוונא דחי והביא ראיה מהגמרא דזבחים (דף ל"ז ע"ב) יקדש להיות כמוה הא כיצד אם פסולה היא תפסל ואם כשירה היא תאכל כחמור שבה אמאי וניתי עשה ולידחי את לא תעשה וכו' דמוכח מכאן דאף אם אינם בדבר אחד דהא העשה היא בכשירה והלא תעשה היא בפסולה הנבלעת בה ואפילו הכי אמרינן דעשה דוחה את לא תעשה אף בכי האי גוונא · אך על הראיה זו יש לדון בה דאיתא במנחות (דף מ"ח ע"א) עמוד וחטא בחטאת בשביל שתזכה בחטאת אמרינן · עמוד וחטא בחטאת בשביל שתזכה בעולה לא אמרינן וכו' עמוד וחטא בשבת בשביל שתזכה בשבת אמרינן · עמוד וחטא בשבת בשביל שתזכה בחול לא אמרינן וכו' עד כאן לשון הגמרא ולפי זה נוכל לומר הא דפריך בזבחים ליתי עשה דכשירה ולדחי לא תעשה דפסולה היינו שאם נבלע טעם מחטאת פסולה לחטאת כשירה דבזה אמרינן דאתי עשה דכשירה ודחי לא תעשה דפסולה דהא עמוד וחטא בחטאת בשביל שתזכה בחטאת והתורה אמרה דבכל גוונא יקדש שאם פסולה היא תפסל אף אם נבלע בחטאת כשירה אבל אם העשה ולא תעשה אינם בדבר אחד כגון אם נתערב דם הבכור בדם חטאת כמבואר בעירובין (דף ק') בהא לא אמרינן דדחי דלא אמרינן עמוד וחטא בבכור בשביל שתזכה בחטאת או כגון בהך עגונה דאיירינן בה השתא דליתי עשה דיבום שהוא רק על מקצת אשה וידחה לאו דאשת איש שיש בה על שאר גופה דהא ענינים נפרדים הם ולא אמרינן עמוד וחטא באיסור אשת איש שיש על שאר גופה בשביל שתזכה בקיום העשה דיקום מה שיש על מקצת גופה אך מרש"י דעירובין שם מוכח דאף בכה"ג דחי דאמר התם תני חדא אם עלה פירש באילן בשבת מותר לירד וכו' ור"ל התם דאתי כר' אליעזר דאמר קום עשה עדיף הכא נמי מותר לירד · ופירש"י

ר'

ר' אליעזר סבר קום עשה מצוה עדיף אע"ג דבהאי מצוה איכא צד עבירה דעבר אבכור בבל תוסיף אתי עשה דהעלאת דכתיב ונתן על קרנות ודחי לב"ת דבכור אלמא ס"ל דט"ט דר"א משום דאתי עשה ודוחה ל"ת ויותר מזה לא רציתי להאריך כי בודאי נמצא בדברי אחרונים שמדברים בזה הענין ואנכי לא עיינתי בהם כעת ואני כותב רק מה שנתחדש אצלי לפי שעה :

ולפ"ז מתורץ קושית הרשב"א דאתי עשה דיבום ודחי להני איסורין · ומה שהקשה עוד הרשב"א שם ועוד דבר מן דין ובר מן דין איסורה ללוי משום דכי מיית ליה ראובן לא נפלה קמי לוי אלא פלגא וכל יבמה שאינה כולה לפני יבם הלך שאינו זקוק ליבום הרי היא כערוה שאינה יכולה להתייבם והוה לה כצרת ערוה וערוה פוטרת צרתה ואפילו מיית ליה ראובן אסורה לשמעון והאי טעמא כדאיתא בירושלמא דקדושין וכו' עכ"ל · דיש לומר דרבי חנינא פליג ע"ז דאמר בפרק האומר הלכה א' שם טעם אחר כלום נפלה לו' לא מחמת אחיו לאחיו היא אסורה · ליה היא מותרת פירוש בתמיה ועיין במפרש שם · וכיון דהיצלנו קושית הרשב"א קמה ונצבה ראיות שלנו מדאמרינן ביבמות (דף ל"א) שם דאשת שני מתים לא משכחת לה מדאורייתא ולרבי יוחנן דאמר קדושי מאה תופסין בה משכחת דאשת שני מתים דאורייתא בכה"ג ומזה מוכח דלא פסקינן כרבי יוחנן · ונוכל לומר הטעם דאין חילוק בין קדושי כסף לקדושי שטר כיון דבקדושי שטר אינה מקודשת דמקשינן לגט דאין ברירה כדכתבתי לעיל כן הדין בקדושי כסף דאין ברירה ולא כרבי יוחנן שמחלק בין קידושי כסף לקידושי שטר · ועוד נראה לי להביא ראיה דלא מחלקינן בין קדושי כסף לקדושי שטר דאיתא בכתובות (דף מ"ו ע"ב) במשנה האב זכאי בבתו בקדושיה בכסף ובשטר וביאה גרסינן שם בגמרא בשטר וביאה מנלן אמר קרא והיתה לאיש אחר איתקש הוויות להדדי וכן איתא בכתובות עוד שם (דף ע"ד ע"א) מכדי כל תנאי מהיכי גמרינן מתנאי בני גד ובני ראובן וכו' והתם משום דאיתקש הוויות להדדי כו' עכ"ל הגמרא · נמצא שאמרו בגמרא בשתי המקומות בפשיטות דאיתקש הוויות להדדי א"כ אין שום חילוק בין קדושי כסף לקידושי שטר אלמא מוכח מסתימת הגמרא בשני מקומות דלא כרבי יוחנן דמחלק בין קדושי כסף לקדושי שטר · וא"ת לפ"ז דאמרינן שאין חילוק בין קדושי כסף לשטר א"כ הדין דלא מבעיא שאם קדשה בשטר אינה מקודשת כלל דאין ברירה כמו בגט אלא אפילו אם קידשה בכסף נמי אין קדושיה קדושין כלל משום דאין ברירה דאיתקש הוויות להדדי א"כ למה פסק הרמב"ם דמקודשת מספק אלא הוי ליה למפסק דלא הוה מקודשת כלל · ויש לתרץ דאיתא בעירובין (דף י"ג ע"א) והני תנאי כהני תנאי דתניא אין מגלתה כשירה להשקות בה סוטה אחרת רבי אחא ברבי יאשיה אמר מגלתה כשירה להשקות בה סוטה אחרת אמר רב פפא דילמא לא היא ע"כ לא קאמר ת"ק התם אלא כיון דאינתיק משום רחל תו לא הדרא מינתקא לשום לאה אבל גבי תורה דסתמא מיכתבא ה"נ דמתקינן אמר רב נחמן בר יצחק דילמא לא היא ע"כ לא קאמר רב אחא ברבי יאשיה וכו' עכ"ל הגמרא וכתבו בתוס' בד"ה אבל · דלרב פפא ה"ה דכשר הגט אם נכתב בסתמא אף שלא נכתב לשם אשה זו דוקא ניקרי לשמה · דדוקא אם נכתב הגט לשם רחל שוב לא מצי לגרש בגט זה אשתו לאה אבל אם נכתב בסתמא כשר לגרש לאיזו שירצה עיי"ש שכן מבואר בתוס' בהדיא דרב פפא סובר כן ובודאי לרב פפא דכשר אם נכתב בסתמא אי אמרינן יש ברירה בשאר מקומות בודאי ה"ה בגט אמרינן נמי יש ברירה דע"כ לא כתבו התוס' דבגט בעינן לה לשמה ולא אמרינן ברירה משום דבעינן בשעת כתיבה יהא מבורר לאיזו שנכתב · היינו דוקא אי אמרינן דאם נכתב הגט בסתמא פסול אבל לרב פפא דאמרינן אם נכתב בסתמא כשר א"כ לא בעינן שיהא מבורר בשעת כתיבה לאיזו אשה נכתב א"כ כש"כ דכשר הגט אם מצרכינן להכשיר הגט מטעם ברירה · ובשאר דוכתי יהיה הדין דאמרינן יש ברירה ה"ה גבי גט נמי אמרינן יש ברירה מכ"ש מה אם נכתב בסתמא כשר כ"ש אי אמרינן ברירה בשאר מקומות דכשר הגט היכא דמצרכינן לברירה דאמרינן הוברר הדבר שמתחילתה נכתב לשם אשה זו ורב פפא הוא בתרא כידוע וגם רב נחמן בר יצחק לא פליג עליה דשם איתא אמר רב נחמן · ולא רב נחמן אמר; רק הוא אמר סברא אחרת · דרב פפא אמר דילמא לא היא לת"ק · ורב נחמן בר יצחק אמר דילמא לא היא לרבי יאשיה · ורב נחמן בר יצחק ג"כ הוא בתרא והוא תלמידו של רבא כמבואר בתוס' דבבא בתרא (דף מ"ו ע"ב) ד"ה שלא והביאו ראיה מפרק לא יחפור (דף כ"ב ע"א) וכיון שרב פפא שהוא בתרא סובר בהדיא דגט כשר אם נכתב בסתמא וגם רב נחמן בר יצחק שהוא ג"כ בתרא משמע שסובר ג"כ כרב פפא :

עוד נראה לי להוכיח דגט כשר אם נכתב בסתמא דאמר רב נחמן בר יצחק דילמא לא היא ע"כ לא קאמר רבי אחא ברבי יאשיה התם אלא דאיכתיב מיהת לשום סוטה בעולם אבל גבי תורה דלהתלמד כתיבי ה"נ דלא מתקינן וכו' · משמע דוקא גבי תורה דלהתלמד נכתב הוא דפסיל אבל אם כתב סופר גט והוא הכין אולי יצא איש ויבקש ממנו את הגט כגון שלא כתב שמותיהן כמתניתין הכותב טופסי גיטין דאיתא בגיטין (דף כ"ו ע"א) או שכתב פרשת סוטה והכין אולי יזדמן איש ויבקש פרשת סוטה והוא בודאי נכתב לשום סוטה ולא להתלמד בודאי כשירה לרב נחמן בר יצחק מדסיים בסוף דבריו דדוקא להתלמד הוא דפסול שהוא גרוע יותר מבאם נכתב בסתמא כנודע וכן כתבו התוספות בהדיא שם ובשאר מקומות · ומה שכתבו התוספות שם בדברי המתחיל אבל וכו' ויש לומר דלהתלמד דהתם לא נכתב כלל להכשיר הגט אבל בס"ת כותב בסתמא לדעת כן למחוק ממנה פרשת סוטה · כוונתם כך הוא דלשם סוטה ג"כ נכתב אבל גם להתלמד נכתב דאל"כ הא מבואר בגמרא להדיא להיפך מדבריהם אבל אם נכתב בסתמא רק לסוטה ולא להתלמד כלל בודאי כשירה וגם הסברא נותנת כן כיון דרבי אחא בר יאשיה ס"ל דמגלתה כשירה להשקות בה סוטה אחרת אף דאינתיק לשם רחל תו הדרא מינתקי לשום לאה כש"כ דכשר אם נכתב בסתמא · ובזה יהיה ניחא מה שכתבנו דרב פפא סובר דהגט כשר אם נכתב בסתמא דילמא הוא ס"ל זאת רק לת"ק אבל הוא פסק כרבי אחא כרבי יאשיה אבל לפי מה שכתבתי ניחא דגם רבי אחא ברבי יאשיה סובר כן · וגם אין לומר שרב פפא פסק כהך תנאי דאיתא שם לעיל כרבי יעקב אומר משמו חוץ מפרשת סוטה שבמקדש פירש דפוסל למחוק פרשת סוטה לסוטה מן התורה כמבואר שם · דאין סברא שרב פפא סובר כן בודאי אית ליה הלכה כרבים היינו הת"ק דרבי אחא ברבי יאשיה והוא נכתב בסתמא ולא הוזכר שמו בפירוש כדי להורות לנו שמיקרי כרבים עיין בתוספות בבא בתרא (דף קכ"ב ע"ב) בד"ה התם שכתבו כן · וגם רבי אחא ברבי יאשיה מכשיר אם נכתב בסתמא כמ"ש וגם רבי יהודה אומר רבי מאיר ס"ל כן ופליג עלייהו רק רבי יעקב משמו של רבי מאיר · אין סברא שיפסוק כרבי יעקב שיחיד הוא נגד הני תנאי אלא ודאי פסקו רב פפא ורב נחמן בר יצחק כהנך תנאי דמכשרו בסתמא · אך זה יש לדחות דלא מוכח דלרבי אחא ברבי יאשיה דמכשר אם כתב בסתמא פרשת סוטה דיכול להיות דפוסל גבי גט אם נכתב בסתמא כדמסיק שם גמרא אליביה הכי השתא התם וכתב לה כתיב בעינן כתיבה לשמה הכא ועשה לה כתיב בעינן עשיה לשמה ועשיה דידה מחיקה הוא וזה יש חילוק בין פרשת סוטה לגט · אבל לרבי יהודה משום רבי מאיר בודאי אין חילוק בין פרשת סוטה לגט רק לרבי אחא בר יאשיה מוכרחים אנו לחלק כן כדי שלא תקשי מהתם מתניתין כתב גט לגרש את אשתו כמבואר בגמרא שם אבל לרבי יהודה משום רבי מאיר דלא קשיא עליו היכי פליג אהתם מתניתין דהתם לא מחלקינן בין פרשת סוטה לגט וכן משמע בתוס' שם דכתבו שם אי נמי סבר לה כמאן דאמר אין מוחקין לה מן התורה הא נוכל לומר דסבר גם כהנך תנאי דמוחקין לה מן התורה פרשת סוטה שאני אלא משמע דלא מחלק · ולקמן

עוד אבית ראיה א"ס מן הגמרא דרק לרבי אחא בר יעקב ועשו לה אמתיקה קאי אבל לבתר תנאי ועשו לה אכתיבת המגילה קאי לכן פסק הרמב"ם כוותיהו דגט כשר אם נכתב בסתמא ולכן אי אמרינן יש ברירה בשאר מקומות אמרינן נמי גבי גט יש ברירה ולכן ניחא מה שהקשינו כיון דמקשינן הויה ליציאה ובגט הוכחתי דלרבי יוחנן ס"ל דאין ברירה וא"כ ה"ה בקדושין לא אמרינן ברירה ואף בקדושי כסף כדכתבנו דהרמב"ם פוסק כרב פפא וכרב נחמן בר יצחק דאיננו בתראי והם ס"ל דגם בגט אמרינן יש ברירה ומשום דרב פפא אמר בלשון דילמא משמע בהוא מסתפק אם כשר הגט דנכתב בסתמא אי לא אי בעינן בשעת כתיבת הגט שיהיה מבורר לאיזה אשה נכתב אי לא בעינן וכשר אף אם נכתב הגט בסתמא א"כ הדין גם אם מצרכינן להכשיר הגט מטעם ברירה ג"כ יש ספק אי בעינן דוקא שיהיה מבורר בשעת כתיבת הגט לאיזו אשה נכתב לא אמרינן ברירה כדכתבו התוספות ואי כשר אם נכתב בסתמא אמרינן יש ברירה כדכתבתי לעיל וכיון דגבי גט יש ספק אי אמרינן ברירה אי לאו כן הדין גבי קדושין דיש ספק אי אמרינן יש ברירה אי לא דמקשינן הויה ליציאה ואף אם קידשה בכסף ג"כ יש ספק כמו אם קידשה בשטר כדכתבתי לעיל דאיתקיש הוויות להדדי כדהוכחתי לעיל בראיות ברורות · לכן ניחא דלא משכחת אשת שני מתים מדאורייתא · דלא משכחת בכי האי גוונא דרבי יוחנן דאף קדושי מאה תופסין בה דתלוי זאת בברירה כדכתבתי לעיל אי אמרינן יש ברירה מקודשת גם לראשון ואי לא אמרינן ברירה אינה מקודשת לכולם משום דלא אמרינן ברירה ולכן לא משכחינן אשת שני מתים בכי האי גוונא משום דאינה מקודשת רק מספק ולא כרבי יוחנן דאמר דמקודשת ודאי ולכן פסק הרמב"ם שפיר דמקודשת רק מספק :

ואי תיקשי לך מנין לנו לומר דאמרינן ברירה בשאר מקומות משום דפסק הרמב"ם בפרק שלישי מהלכות גירושין הלכה ד' וז"ל שם · יתר על כן אמר לסופר כתוב לאיזו שארצה אגרש בו וכתב הסופר על דעת זו וגירש בו אחת מהן הרי זה ספק גירושין כו' עכ"ל ומבואר בר"ן בר"פ כל הגט ד"ה וכולם וכו' דאחרון לאו לפסול לכהונה בלחוד הוא אלא אם בא אחר וקידשה תופסין לקדושין כיון דקיל"ן דמדרבנן יש ברירה כדאיתא בפרק משילין (דף ל"ז) משמע דמאי דאמרינן בדאורייתא אין ברירה היינו משום דלהומרא אין ברירה אבל לקולא ודאי לא אמרינן דאין ברירה וכו' עכ"ל וכן מבואר בא"ע בסימן קל"ה סעיף ד' ועיין בבית שמואל שם ס"ק ד' והביאו זאת לפסק הלכה · נמצא דהא דפסקינן דבדבר שהוא מדאורייתא אמרינן אין ברירה הוא רק ספק שלא ידעו חכמי הגמרא איך לפסוק וא"כ יש הד לד דאמרינן ברירה בשאר דוכתי' ולרב פפא דס"ל דגט אם נכתב בסתמא הוי ספק וא"כ הוי ספק ספיקא ספק אם אמרינן ברירה גם בשאר מקומות ואף אם אמרינן ברירה בשאר מקומות · גבי גט יש לנו עוד ספק דלמא לא כשר אם נכתב בסתמא דבעינן דבשעת כתיבה יהיה מבורר לאיזו אשה נכתב וא"כ הדין דלא אמרינן גבי גט ברירה אף אי אמרינן בשאר מקומות יש ברירה כדכתבו התוס' דרב פפא אמר בלשון דילמא כדלעיל וא"כ לפ"ז יש ספק ספיקא דהגט יהיה פסול ובכל מקום הולכים אחר ספק ספיקא א"כ לכאורה קשה למה פסק הרמב"ם בגט דמצרכינן לברירה ספק מגורשת כדהבאתי לעיל לשון הרמב"ם הוה ליה לפסוק דהגט פסול · ויש להרץ זאת דאיתא בחולין (דף ע"ט ע"א) אמר ליה רבי אבא אי מעיילית לי כודנייתא בריספיק עיין להנך דדמיין להדדי ועייל לי אלמא קסבר אין חוששין לזרע האב וסימנין דאורייתא עכ"ל הגמרא והנה על זה הגמרא יש קושיא אמאי לא שרייא מכח ספק ספיקא אפילו אם תמצי לומר שסימנין דרבנן שמא אמותיהן שוות וממילא אביהן שוין דפרד ידוע הוא מחמור ומסוס ואת"ל אמותיהן שוות מכל מקום שמא חוששין לזרע אב וכל מיני פרדות אחת. הן כחנניא ולחומרא הוא דאמר עייל לי דכל היכא דאיכא לברורי מבררינן ואף אם נימא בספק ספיקא אף בערחא כל דהו לא מבררינן · מ"מ אי לא דמיין להדדי ודאי שאין אמותיהן שוות אבל בדמיין להדדי הוה ס"ס ושריין מן התורה · ואף מדרבנן ומגלן לומר דסימנין דאורייתא ותירץ ע"ז בספר ראש יוסף וז"ל ואם היינו אומרים ספיקא דדינא לא הוי ספק הוה אתי שפיר וכו' וביורה דעה סימן ק"י אבאר וכו' עכ"ל ולפי דעתי כוונתו מה שכתב הפרי מגדים סימן ק"י בשמודשים ובהוספות משלו בסוף הסימן באות ד' שבספרי חדש ביורה דעה בסימן כ"ט ול' וכ"ט וקי"ו ובקונטרס הספיקות דין י"א העלה דבעיא דלא איפשטה לא הוי ס"ס · ולפי דברי הפרי חדש אמרינן בגמרא שפיר דמוכח דסימנין דאורייתא · דסימנין אי דאורייתא או דרבנן יש דיעות דהיא בעיא דלא איפשטא וגם אם חוששין לזרע האב אי לא ג"כ הוא ספק לנו בדין אי הלכה כחנניא אי לא כמבואר בגמרא שם וכיון שזכינו להביא ראיה מהגמרא דבדבר שנסתפקו חכמי הגמרא ואינם יודעים הדין איך לפסוק לא הסיב ספק ספיקא כדעת הפרי חדש וכמבואר בראש יוסף לפ"ז ניחא מה דפסק הרמב"ם דספק מגורשת בגט שמצרכינן לברירה ולא פסק דהגט פסול משום ספק ספיקא כדלעיל דשני הספיקות נסתפקו בהו חכמי הגמרא אי אמרינן ברירה בשאר מקומות אי לא בדבר שהוא דאורייתא כפרק משילין (דף ל"ז) כדלעיל בשם הר"ן ושאר פוסקים · שנסתפקו בזה הכמי הגמרא · וגם הדין אם גט כשר בסתמא אי לא מסתפק רב פפא ורב נחמן בר יצחק כדהבאתי לעיל דאמר בלשון דילמא א"כ הדין אי אמרינן ברירה בגט ג"כ הוא ספק לרב פפא ולרב נחמן בר יצחק אי אמרינן ברירה אי לא כדכתבתי לעיל שתלוי זה בזה ולפ"ז שני הספיקות מסתפקו בו הכמי הגמרא ולא חשיב ס"ס · דכי היכי דלא אמרינן ספק ספיקא לקולא בספק שנסתפקו בה חכמי הגמרא ה"נ לא אמרינן ספק ספיקא לחומרה בספק שנסתפקו בה חכמי הגמרא דכי תקל במאזני השכל תראה כי שוים הם · ולכן אתי שפיר דפסק הרמב"ם בגט דמצריכינן לברירה שהוא ספק מגורשת :

ובזה יהיה ניחא מה דקשה לי עוד קושיא אחרת דרבי יוחנן דאמר אף אחרון נמי אינו פוסל וגם רב דאמר כולם פוסלים וגם שמואל וגם זעירא דאמר כולם אינם פוסלין חוץ מן האחרון וכן רב אסי כדאיתא בגיטין (דף כ"ד וכ"ה) וכולם מיירי מה שפוסלין הוא רק לכהונה ומה שאינם פוסלים היא מותרת ליכנס אף לכהן אם מת א"כ בעלה כמבואר בגמרא שם בהדיא · נמצא מכולם משמע אף מאן דפוסל האשה אם גירשה בגט כזאת שמצרכינן לברירה הוא רק לכהונה לבד אבל לחוש לקידושין אם קידשה אחר משמע מדבריהם שאין חוששין לקידושין דאיסור כהונה שאני כמבואר בגיטין (דף פ"ב ע"ב) דאיתא שם רבי יוחנן אומר טעמא דרבי אליעזר מהכא ואשה גרושה מאישה לא יקחו אפילו לא נתגרשה אלא מאישה נפסלה מן הכהונה אלמא הוה גיטא ורבנן איסור כהונה שאני עכ"ל הגמרא וכן איתא ביבמות (דף נ"ב ע"א) דתניא ואשה גרושה מאישה לא יקחו וכו' והיינו ריח הגט שפוסל לכהונה וכן איתא שם בפרק האשה רבה (דף צ"ד ע"א) אמר רב יהודה אמר רב הוה ליה לרבי אליעזר למדרש מרגניתא ודרש בהספא מאי מרגניתא דתניא וכו' והיינו ריח הגט דפוסל בכהונה וכיון דבררנו דבשלשה מקומות אמרינן בגמרא דריח הגט פוסל בכהונה ובודאי אם בא אחר וקידשה לאחר שנתגרשה בגט כזה בודאי אין חוששין לקדושין כמבואר שם בהדיא דהוא רק ריח הגט ואיסור כהונה שאני · לפ"ז אף רב ושמואל וזעירא ורב אסי דאמרו דאם מגרש בגט שמצרכינן לומר ברירה אסורה להנשא לכהן ולא אמרו רבותא יותר דהוא ספק מגורשת ומזה ידעינן שאם בא אחר וקידשה לאחר שנתגרשה בגט כזה אין חוששין לקדושין וגם ידעינן דאסורה להנשא לכהן משמע דוקא דאסורה להנשא לכהן שאפילו ריח הגט פוסל לכהונה דאיסור כהונה שאני וכן משמע מדברי רש"י שם (בדף כ"ד) בד"ה חוץ מן הראשון והביא על פלוגתא הזאת מפרק בתרא דגיטין

(דף פ"ב) הנ"ל ומלשון רב אלפס שם משמע דפסק כהנך אמוראי וכן מבואר ברא"ש שם שפסק כהנך אמוראי וכן מבואר בר"ן שם וכן מבואר ברב המגיד ובכסף משנה בפרק שני מהלכות גרושין הלכה ח' וב' והביאו זאת שהרמב"ם פוסק כן ולפ"ז משמע דדוקא לכהונה פוסל גט כזה שמצרכינן לומר ברירה אבל אם בא אחר וקידשה לאחר שנתגרשה בגט כזה אין חוששין לקדושין כדכתבתי לעיל שהנך אמוראי סוברים כן א"כ איך פסק הרמב"ם דאם גירשה בגט כזה הוא ספק מגורשת דמשמע מזה דאם בא אחר וקידשה חוששין לקדושין ואף שהר"ן כתב קצת טעם לזה בכל זאת נלפע"ד שגם בדעת הר"ן הוא דוחק גדול לומר כן וגם לא הרחיב הקושיא כמו שכתבתי וביותר קשה איך שבק הרמב"ם כל הנך אמוראי ומפסק דלא כוותיהו ולפי דברינו יתורץ גם זאת ולא קשה על הרמב"ם דהוא פוסק כרב פפא וכרב נחמן בר יצחק דאינהו בתראי דהם סוברים דאם נתגרשה אשה בגט שמצרכינן לומר ברירה הוא ספק מגורשת כדכתבתי לעיל וגם אתי שפיר הא דפסק הרמב"ם דלא כרבי יוחנן דאמר אפילו קדושי מאה תופסין בה:

ומה שתמה על הרמב"ם הר"ן וז"ל שם אבל עדיין אינו מספיק מפני שכתב אפילו הן מאה על סדר הזה דמשמע דוקא שכלה זמנו של שני בתוך זמנו של ראשון וכבר כתבתי דלרבי יוחנן אפילו אמר לה שני מעכשיו ולאחר ארבעים קדושין תופסין ולא נתברר לי דבריו וכו' עכ"ל גם זה נראה לפע"ד לתרץ דגם להרמב"ם היה קשה קושית הראשונים שכתבתי למעלה דכמו דאמרינן גבי גט דגיטא דמשייר לאו כלום הוא כמו כן גבי קדושין כל קדושין דמשייר לאו כלום היא דהוה כמו מקדש חצי אשה דמבואר בקידושין (דף ז') דאינה מקודשת · וא"כ אמאי אמר רבי יוחנן אפילו קדושי מאה תופסין בה דרווחא שבק חד לחבריה ותירץ על קושיא זאת כתירוץ הריטב"א שכתבתי למעלה כיון דלא הוה שיור רק לזמן היינו רק לשלשים יום ומשלשים ואילך נגמר קדושי ראשון לא מיקרי שיור · מפני זה כתב הרמב"ם דוקא שכלה זמנו של שני בתוך זמנו של ראשון הוא דתפסי בה קידושין מספק · דמשמע מדבריו כשהשני קידש מעכשיו ולארבעים יום אינה מקודשת לשני אף לרבי יוחנן שהוא פסק ג"כ כסברת רבי יוחנן דחד רווחא שבק לחבריה רק דלרבי יוחנן הוה קדושין ודאי ולהרמב"ם אינה מקודשת רק מספק כדכתבתי לעיל · דאי הוה מקודשת אף שהרחיב השני הזמן של קדושי' שיגמרו יותר מן הראשון הוה שיור בקידושין לעולם דאם בא השלישי ויקדש אותה וירחיב הזמן עד חמשים יום וכן הרביעי וכן החמישי וכן עד מאה ויותר יהיה הכל נתפסין בקדושין ומקודשת לכולם א"כ הוה שיור בקדושין עד לעולם ואינה קדושין כלל לכן ניחא דברי הרמב"ם שכתב דוקא שכלה זמנו של שני בתוך זמנו של ראשון דלא הוה שיור בקדושין רק על שלשים יום ולא מיקרי שיור ולכן מקודשת לרבי יוחנן קדושין ודאין ולרמב"ם מקודשת מספק לכולם מטעם שכתבתי למעלה דאינו פוסק כרבי יוחנן בזה:

פרח ז אות א

ועוד נראה לפע"ד לתרץ קושיות הר"ן דפריך האומר על הרמב"ם שפסק בפרק ז' מהלכות אישות הלכה י"ב וז"ל האומר לאשה הרי את מקודשת לי מעכשיו לאחר למד יום בדינר זהב ובא אחר וקידשה בתוך הל' יום הרי זו מקודשת מספק לשניהם לפיכך שניהם נותנים גט בין בתוך הל' יום ובין לאחר הל' יום · הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר ל' יום ובא אחר ואמר הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר כ' יום ובא אחר ואמר הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר יוד יום אפילו הן מאה על הסדר הזה קדושי כולם תופסין בה וצריכה גט מכל אחד ואחד מפני שהוא ספק מקודשת לכולן עכ"ל שהקשה עליו כיון שפוסק כר' יוחנן דאמר בקדושין (דף ס' ע"א) אפילו הן מאה תופסין בה ולפ"ז דבריו תמוהים הם הרבה שהרי סוגיתנו מוכרחת דלרבי יוחנן קדושי ודאי נינהו ולמה פסק שמקודשת לכולם מספק וכבר השיגו עליו בזה הרב ר' משה הכהן וכו' עכ"ל וכבר כתבתי בפרח הקודם שלפי דברי הריטב"א בקדושין שם שרבי יוחנן גם כן מודה שאם יש שיור בקדושין לעולם הוה שיור ומה שאמר שקדושי מאה תופסין בה היינו כיון שאין השיור רק לזמן עד שלשים יום ולא יותר לפי זה הדין הזה אם קדושי מאה תופסין בה תלוי הדבר בברירה דאי לא אמרינן ברירה הך רווחא דשייר לחבריה אינה מקודשת ליה לעולם כיון דהוכחתי מתשובת הרשב"א תש"ז דיכול לגרש אף קודם שלשים יום שמע מינה שכל הקדושין חל מהשתא גם הך מה ששייר לחבריה וכן הוכחתי מדברי הריטב"א עיין בפרח הקודם בארוכות לפ"ז הדבר תלוי בברירה דאם לא יבוא אחר ויקדשה בתוך שלשים יום אמרינן הוברר הדבר למפרע שלא יקדשנה אחר וחל הקדושי ראשון גם על הך רווחא ששייר לחבריה אבל אם לא אמרינן ברירה אינה מקודשת להראשון הך רווחא ששייר לחבריה לעולם וא"כ יש שיור בקדושין לעולם ולא הוו הקדושין כלל וגם כתבתי שם שמה שאמר ר' יוחנן קדושי מאה תופסין בה סבירה ליה דאמרינן ברירה בדבר שעומד להתברר אף בדבר שהוא מדאורייתא שכן סבירא ליה קדושי מאה תופסין בה וכתבתי זאת מצד הסברא ועכשיו אוכיח שעל כרחך מוכח שרבי יוחנן סובר כן ובזה יהיה מתורץ דברי הרמב"ם שהרמב"ם פסק כרב וכרב יוסף וכאביי וכרבא ורבינא ורב משרשיא דרבים נינהו ובפרט שאביי ורבא ורבינא ורב משרשיא בתראי נינהו ופליגי על ר' יוחנן ואבאר האיך מוכח דע"כ ר' יוחנן סובר הכי · דהנה התוספות הקשו בגיטין (דף כ"ה ע"ב) בד"ה ורבי יהודה וז"ל משמע דרבי יוסי לית ליה ברירה וכן בפ' בכל מערבין גבי מעשר שני כו' והקשה דתנן במי שאחזו גבי מאי היא באותן סימנים רבי יוסי אומר מגורשת ואינה מגורשת וגבי מיית הוי גיטא אלמא יש ברירה כדדייק בשמוך ולמאן דמחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים ניחא אבל למאן דלא מחלק קשיא וי"ל דהתם בגיטין עומד הדבר להתברר בהכי או יחיה או ימות אבל הכא יכול להיות שלא יבא לידי הפרשה לעולם או לא יעלה סלע מן הכים והשתא נמי אתי שפיר דשמואל אדשמואל כו' עכ"ל ובעירובין (דף לו ע"ב) בתוספות ד"ה לא · הוכיחו דרבי יוחנן לא ס"ל החילוק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים אלא בין בזה ובין בזה ס"ל לרבי יוחנן דאין ברירה וא"כ לפ"ז כדי שלא יקשה דרבי יוסי אדרבי יוסי ע"כ צריכין לחלק דרבי יוסי ס"ל דבדבר שעומד להתברר אמרינן יש ברירה כדכתבו התוס' בגיטין שכתבתי ולכן אף דכבר כתבתי שלא דס"ל לרבי יוחנן אפילו קדושי מאה תופסין בה תליה אי אמרינן יש ברירה קדושי מאה תופסין בה ואי לא אמרינן ברירה אינה מקודשת אף לראשון וגם כתבתי שם דבקך דרבי יוחנן עומד הדבר להתברר וכיון דהוכחתי דרבי יוחנן סובר דבעומד להתברר אמרינן יש ברירה לכן ס"ל דקידושי מאה תופסין בה אבל רבא ורבינא שהם בתראי וגם רב ואביי וגם רב יוסף כולהו ס"ל אף דבדבר שעומד להתברר ג"כ אין ברירה ורמב"ם פסק כוותייהו שרב ורב יוסף ואביי ורבא ורבינא ורב משרשיא פליגי על רבי יוחנן ורבי יהודה ורבי הושעיה כי רבים נינהו ובפרט שאביי ורבא ורבינא ורב משרשיא שהם בתראי פליגי ג"כ על ר' יוחנן כמו שאבאר · דהנה מבואר בתוספות בערובין (דף ל"ו ע"ב) ד"ה לא · דרב מחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים דבתולה בדעת אחרים אמרינן יש ברירה וכיון דרב סובר דיש חילוק ולקמן אביא ראיה כוללית על כל מאן דס"ל שיש חילוק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים ס"ל שאין חילוק בין דבר העומד להתברר ובין דבר שאין עומד להתברר בתולה בדעת עצמו דלא אמרינן ברירה אף בדבר העומד להתברר וכן סובר אביי דאיתא שם אמר אביי קא בעי מיניה תולה בדעת אחרים וקא פשיט ליה תולה בדעת

עצמו

עצמו כו' עי"ש וכן סובר רב משרשיא שם אמר רב משרשיא לרבא רבי יהודה תולה בדעת עצמו לית ליה ברירה תולה בדעת אחרים אית ליה ברירה כו' עי"ש וכן סובר רב יוסף כמבואר בתוס' בעירובין (דף ל"ז) ד"ה קסבר ר' יוסף עי"ש שמבואר שם בתוס' להדיא · וכן סובר רבינא לפי מה שגרסה בגיטין (דף כ"ה ע"ב) בצדו אמר ליה רב משרשיא לרבא רבי שמעון תולה בדעת עצמו לית ליה ברירה ובתולה בדעת אחרים אית ליה ברירה וגרסה בצדו על הגליון המ"ם שצ"ל רבינא ולקמן א"ה: אביא עוד ראיה שרבינא סובר הכי · וגם רבא ס"ל הכי דאיתא בריש זבחים אמר ליה רבינא לרב פפא לא הווית גבן באורתא בתחומא כי הרמך דרמי רבא מילי מעלייתא וכו' תנן כל הזבחים שנזבחו שלא לשמן כו' טעמא דשלא לשמן הא סתמא עלו נמי לבעלים לשם חובה אלמא סתמא נמי כלשמן דמי ורמינהו כל הגט שנכתב שלא לשם אשה פסול וסתמא נמי פסול · ושני · זבחים בסתם לשמן עומדים אשה בסתמא לאו לגירושין עומדת כו' וגבי גט דסתמא פסול מנלן כו' אלא מהא דכותב טופסי גיטין צריך שיניח כו' מקום העדים ואמר רב יהודה אמר שמואל אף צריך שיניח מקום הרי את מותרת לכל אדם עכ"ל הגמרא והעתקתי לשון הגמ' מפני שיש לי בזה הסוגיא הרהורי דברים שצריכין להבינם · והנה קשה לנו על הגמרא מאי רמי רבא מזבחים אגיטין דהא מה שמבואר בזבחים שסתמא כשר היינו שלא יהיה שינוי קודש כגון בשחט עולה או חטאת סתם · לא אמרינן כיון ששחטה סתם דילמא לשם זבח אחר שחט : דכיון שכבר הופרש והוקדש לשם עולה או חטאת מסתמא להכי קיימא · וכן שינוי בעלים כיון שהבעלים הפרישן בפירוש והכהן הקריב סתם סתמא לשם בעלים הקריב משא"כ בסתמא דגיטין אף שנכתב שם אשה ואיש בגט דהיינו ראובן ורחל מ"מ לא מיקרי שהוברר כיון שבודאי יש בעולם כמה שמותיהן שוות ומי שיבקש מאתו שימכור את הגט בודאי ימכור לו נמצא דלא הוברר והופרש הגט זה שהוא שם האיש והאשה המתגרשת כעת בגט זה לא שייך לומר שסתמא נכתב לשם איש ואשה המתגרשת כעת כיון שלא הוברר ולא הופרש להם הגט זה מעולם כי בגט לא שייך לומר שקודם הכתיבה הופרש גט זה להם · וכעין זה ראיתי בפני יהושע שהקשה בגיטין (דף כ"ה) בד"ה בעי מיניה רב הושעיא מרב יהודה שתמה מאד על דברי התוס' בפרק בכל מערבין (דף ל"ז) גבי שני נשים שלקחו קיניהם ביחד כעין קושיא שלי שהם ג"כ לא הופרש והוברר מקודם כל קן לאיזו אשה הוא ולא שייך שמר התם סתמא כשר ואין לתרץ דאין ה"נ דהגמרא יכול לתרץ כן אלא דעדיפא מיניה משני דהא ע"כ הולך הגמרא לסברה סתם אשה לאו לגירושין עומדת דאל"כ קשה ממילא אגיטין כמו שכתב התוס' שם · דהא כתבו התוס' שם בד"ה סתם אשה כו' ואפילו זינתה תחת בעלה מ"מ לא הוי להתגרש בגט זה עומדת וגם אם לא ירצה הבעל לא יגרשנה אלא שלא ישמשנה כו' ולכאורה דברי התוס' צריכין הבנה דמה שכתבו בתחילת דבריהם מ"מ לאו להתגרש בגט זה עומדת לפ"ז הוה להגמרא לתרוצי בזה הלשון · ובזה יהיה מתורץ גם קושיית התוס' אף שצריכין לתרוצי סתם אשה כו' כדי שלא תיקשה ממילא אגט · ובהאי תירוצי לא מיתרצי ממילא אגט דהתם לכאורה עומדת להתגרש בגט זה שהם מבקשים מהעכו"ם לכתוב להם הגט רק שעכו"ם אדעתיה דנפשיה קעביד והוי שלא לשמה כמבואר בגיטין (דף כ"ג ע"א) בכל זאת על הקושיא שהקשה הגמ' הבא הוי ליה להגמרא לתרוצי שלא להתגרש בגט זה עומדת שלא תיקשי קושית התוס' · ואי נימא דלהכי משני הגמ' סתם אשה כו' כדי שלא לטעות שעכו"ם כבר לכתוב הגט דהא לפי מאי דמשני הגמרא השתא יוכלו לטעות בזינתה תחתיו דמסתמא כשר כיון שעומדת להתגרש ובזה הדין אנו עסוקים והוה להגמרא לשנות לא הוי להתגרש בגט זה עומדת שלא לטעות בזה הדין שאנחנו עסוקים כי בזה הדין שעכו"ם פסול לכתוב גט אין אנו עסוקים כעת או הוי להגמרא לשנות שניהם ביחד סתם אשה לאו לגירושין קיימא ולאו להתגרש בגט זה עומדת כדי שלא יוכלו לטעות כלל · ואי תימא שהסברה שלאו בגט זה עומדת להתגרש ידעינן מסברה מעצמינו שהיא סברה פשוטה · מלבד מה שאוכיח לקמן שזאת הסברה אינה פשוטה קשה דמה מקשי הגמרא מסתמא דזבחים אסתמא דגיטין דהא אינה עומדת להתגרש בגט זה · ואי תימא דלהכי מקשי מסתמא דזבחים אסתמא דגיטין שלא ידע דהתם זבחים לשמן קיימא דלפ"ז הוה ליה לשנויה התם זבחים לשמן קיימא ולא יותר ויהיה מתורץ דהא דמשני סתם אשה לאו לגירושין קיימא לא עיקר התירוץ דאל"כ קשה קושית התוס' אלא דסמך הגמרא דלאו להתגרש בגט זה עומדת וזאת סמך הגמרא על הסברה שסברה פשוטה היא שידעינן מעצמן א"כ לא הוי להגמרא למסיק סתם אשה לאו לגירושין עומדת דזה הסברה לא מצריכינן להקושיא :

ומה שכתבו התוס' עוד טעם דאף אם זינתה תחתיו פסול הגט שנכתב בסתמא משום דילמא לא יגרשנה אלא שלא ישמשנה · ג"כ איני מבין דבריהם הקדושים דהא מבואר בסוטה (דף י') במשנה שם ומוסרין לו שני תלמידי חכמים שמא יבא עליה בדרך פירוש כשמביא הבעל את הסוטה לפני ב"ד להשקותה · אלמא דאם זינתה אסור ליחד עמה ואף שבא"ע סימן קי"ז פסק הבעל חלקת מחוקק ס"ק ח' וכן הבית שמואל ס"ק ה' דהיכא דבודאי זינתה מותרת להתיחד עמה אף בלא עדים משום דמאיסה עליו ומוכיחים כן מן התוס' גיטין · מ"מ בסוטה מבואר שם בבית שמואל דאסור להתיחד עמה בלא עדים דספק הוא אם זינתה או לא משו"ה לא מאיסה עליו ומדברי התוס' נראה דבגט שנכתב בסתמא פסול לגרש בו אף אם נאסר עליו על ידי קינוי וסתירה דבודאי כונת התוס' שכתבו אפילו זינתה פסול לגרש בו מוכיחים זאת מדאמרינן במתניתין דפסול לגרש בגט שנכתב בסתמא ולא חילק בהיכא דזינתה מותר לגרש בגט זה ע"כ מוכח דגם בזינתה אסור לגרש בו ג"כ מוכח מדהתם המשנה דאף סוטה אסור לגרש ביה ובסוטה בודאי אסור להתייחד בלא עדים ואף דחזינן דרבי יהודה פליג שם וס"ל דבעלה נאמן עליה מדכתיב והביא האיש את אשתו עי"ש במשנה ובגמרא שם · ונוכל לומר דרבא ס"ל כרבי יהודה · נלענ"ד דדוקא התם ס"ל דנאמן עליה ולא חיישינן שמא יבא עליה בדרך מתוך שמהדר להביאה לפני ב"ד להשקותה ולאוסרה עליו וגם מתחילה קינא לה כדי לאוסרה עליו לכן לא חיישינן שמא יבא עליה וכעין סברא זאת ס"ל לרבנן בפסחים (דף י"א ע"א) לפי דברי רבא דאיתא שם דרבנן. אדרבנן לא קשיא דהוא עצמו מהדר עליו לשורפו מיכל קאכיל מיניה ואף דגם שם פליג רבי יהודה על זה הסברא כמבואר שם דס"ל דבודקין חמץ רק עד הביעור פירוש עד שעה ששית אבל אחר כן אסור לבדוק משום דחיישינן שמא יבוא לאוכלו החמץ שימצא בשעת הבדיקה דנוכל לומר דדוקא התם לא ס"ל לרבי יהודה הך סברה משום דחמץ איסורי הנאה הוא אף משעה ששית ולמעלה כרב גידל אמר רבי חייא בר יוסי אמר רב המבואר בפסחים (דף ז' ע"א) ובכמה מקומות וכן מבואר ברמב"ם בהלכות חמץ ומצה פרק ראשון הלכה ט' עיי"ש וכיון דאסור בהנאה חמור איסורא כמבואר בצלח בריש פסחים על תוספות ד"ה אור ליום י"ד דיש לחלק אף דלא חיישינן בשאר איסורי דאורייתא שמא יבא לאוכלו אבל באיסורי הנאה חיישינן שמא יבא לאכול כיון דחמיר איסורו · לפי זה נוכל לומר הא דפליג רבי יהודה על רבנן דאף דמחזר עליו לשורפו חיישינן שמא יבוא לאוכלו כיון שחמץ אסור בהנאה לכן חיישינן · אבל גבי סוטה דליכא רק איסור ס"ל לר' יהודה ג"כ זאת הסברא מדמהדר לה להשקותה לא חיישינן שמא יבוא עליה בדרך וכל דמצינן לומר דלא פליגי הכלל בידינו דאמרינן דלא פליגי כדי למעט המחלוקת · ולפ"ז גם רבי יהודה מודה דהיכא דזינתה בודאי ואינה צריכה להשקותה אסור לייחד עמה שמא יבא עליה דדוקא גבי סוטה

שמביא

שמבית אותה להשקותה התם לא חיישינן שמא יבא עליה · וא"כ לפ"ז לא נוכל לומר דרבא סובר דמותר ליחד עם אשתו בזינתה משום דסובר כרבי יהודה דלא בהא גם ר' יהודה מודה דאסור לייחד · וגם לפי מה שכתבתי לעיל דהתוס' הוכיחו זאת כיון דמתניתין סתמא קתני דאם נכתב הגט בשם פסול אפילו אם זינתה ואפילו בסוטה · מהוכחה זאת מוכח ג"כ דאף לאחר שבעלו המים המאררים ובעלום בימי הנשואים כדאיתא בסוטה (דף מ"ז ע"א) ואפילו הכי אסורה לו כמבואר בא"ע בסימן קע"ח ובזה בודאי מודה ר' יהודה דאסורה להתייחד עמה דמעולם לא יביא לב"ד להשקותה ואפילו הכי קתני במתניתין דפסול אם נכתב הגט בסתמא אפילו לגרש באופן זה כיון דמתניתין סתמא קתני אף דאסורה להתייחד רק על פי עדים אם כן בודאי עומדת להתגרש :

אך זאת נוכל לדחות דמאן מתרץ דהתם אשה לאו לגירושין עומדת רבא · ורבא סבירא ליה בריש האשה בתרא (דף קי"ט ע"א) אמר רבא מכדי הא דאורייתא והא דאורייתא מה לי איסור כרת ומה לי איסור לאו ואף ביבמות שם (דף פ"ב ע"א) איתא שם רבה אמר רישא איסור לאו וסיפא איסור כרת ופריך הגמרא והא רבה הוא דאמר כל בדאורייתא לא שנא איסור לאו ולא שנא איסור כרת ולפי הנראה דפריך מהא דאיתא בהאשה בתרא כי במקום אחר לא מצינו שיהיה מוזכר בש"ס בשם רבה שיהיה מחלק או לא ושיהיה כונת הגמרא על זה · אלא בודאי כוון הגמרא על הא דאמרינן בהאשה בתרא וכן נרשם בצידו במסורת הש"ס שהוא בהאשה בתרא · בודאי יש ט"ס באיזה מקום משני מקומות הנ"ל ולפי זה לא ידעינן מי הוא דלא מחלק באיסור דאורייתא בין איסור לאו ובין איסור כרת רבה או רבא · אך נ"ל להוכיח מהך דפסחים הנ"ל שרבא אינו מחלק בין איסור לאו לאיסור כרת דפריך שם הגמרא מי גזר רבי יהודה דילמא אתי למיכל מיניה והא תנן משקרב העומר יוצאין ומוצאין שוקי ירושלים כו' והא"כ איתא התם אמר רבא דרבי יהודה אדרבי יהודה כו' לא קשיא כדשנינן דרבנן אדרבנן נמי לא קשיא כו' ואי רבא מחלק בין איסור כרת לאיסור לאו א"כ לא קשיא דרבי יהודה אדרבי יהודה דבשלמא גבי חמץ חייש רבי יהודה דילמא אתי למיכל מיניה כיון דאסור בהנאה וכעין שאנו מחמירין באיסור כרת כמו כן אנו מחמירין באיסור הנאה כמבואר בגלי"ח הנ"ל אבל הדש דמותר בהנאה ורק איסור לאו לא גזר ר' יהודה דילמא אתי למיכל מיניה ולמה הוצרך הגמרא לשנות תירוץ אחר ויהיה קשה הקושיה שהקשה הגמרא א"כ אלא נראה דרבא לא מחלק בין איסור כרת לאיסור לאו · ובהכי ניחא מה שהקשה הגאון רבי עקיבא איגר בספרו היקר דרוש וחידוש על הא דאיתא בכתובות (דף ז' ע"א) אמר ליה רב פפי לרב פפא מאי דעתך דאמרת משמיה דרבא דרך ביום טוב שרי למבעיל בתחילה אבל בשבת לא · תיובתא הא בריש פרק הנחנקין בסנהדרין (דף פ"ד ע"א) מבואר דשגגת סקילה אסור ושגגת לאו מותר ובתוס' שם ד"ה ור"ש הקשו דא"כ שמואל דס"ל במלאכה שא"צ לגופיה כר"י א"כ סובר בשבת דבדבר שאינו מתכוין מותר גבי מיהם הא הוי שגגת סקילה ועיי"ש מה שתירצו · ותוכן דבריהם דדוקא בסילא דהחשש קרוב דלמא יהפך ידו בעינן שיהא פסיק רישיה · בזה שהאירו באיסור סקילה · א"כ דילמא רבא ס"ל כשמואל דהלכה כר' שמעון בדבר שא"מ והלכה כרבי יהודה במלאכה שא"צ לגופיה וס"ל דלא הוי מקלקל אלא הפתח ומשו"ה בשבת אף דלא הוי פ"ר אסור דשמא לא יעשה כראוי ויבטל בענין דיהיה פ"ר והרי אביי הקשה דהוי פ"ר אלא דמשנינן יש בקיאין בהטיה עכ"פ חשש איכא שמא יבעול בענין דהוי פ"ר ובשבת דאיסור סקילה אסור וביו"ט דאיסור לאו שרי וצריך תלמוד עכ"ל · ונראה לפי דבריו שתפס הגירסא רבה כמו שאיתא ביבמות [דף פ"ב] אבל כיון שהוכחתי שמפסחים מוכח שרבא לא מחלק בין איסור לאו לאיסור כרת כמו שאינו מחלק בין היתר הנאה לאיסור הנאה לו יהא כדברי רבי עקיבא שהגירסא ביבמות בריש פרק האשה בתרא רבה במקום רבא בכל זאת מוכח מהך דפסחים הנ"ל דרבא לא מחלק וא"כ יש לתרץ קושיתו דרב פפי דהקשה לרבא כן משום כיון דרבא ס"ל דאין חילוק בין איסור לאו לאיסור כרת לכן אמר רב פפי לרב פפא מאי דעתך דאמרת משמיה דרבא כו' [שמעתי מאחי הרב הגדול וכו' מוה' יעקב יששכר בער נ"י שהוא כעת אב"ד דק"ק האדזין שהשיב בבחרותו לתרץ ע"פ מה דמבואר בסדיא שבת דף קמ"א שרבא כרבי שמעון ס"ל דאמר כל מלאכה שא"צ לגופיה פטור עליה עכ"ל הגמרא וא"כ אין קשה כלל קושית הגאון הנ"ל כי ליכא לא שגגת לאו ולא שגגת כרת] :

הדרן לדברינו · כיון דהוכחנו מהך דפסחים דרבא לא מחלק בין איסור לאו לאיסור כרת וכפי הגירסא שאיתא בריש האשה בתרא שרבא אמר כן ומאן מתרץ הכא התם אשה לגירושין עומדת ג"כ רבא וכיון דרבא אינו מחלק בין איסור לאו לאיסור כרת לפ"ז ג"כ מוכח מהך דפסחים הנ"ל שרבא דס"ל הך סברה מחזיר עליו לשורפו לא חיישינן דילמא אתא למיכל מיניה ג"כ באיסור לאו כיון דלא ס"ל באיסור כרת · ג"כ לא נוכל לומר דטעמא דרבי יהודה דסובר שבעלה נאמן עליה פירוש להביאה ולהשקותה בלא עדים כיון דמהדר להביאה לבית דין להשקותה לא חיישינן שמא יבוא עליה כיון דלא ס"ל גבי חמץ שהוא כעין סברה זאת אף דמהדר עליו לשורפו חיישינן דילמא אתי למיכל מיניה אלא סברי ליה דלרבי יהודה דמותרת להתייחד עמו אף שאסורה לו לעולם · אך בעיני נראה דוחק שרבא משני בכתימות משמע שהתירוץ שלו הוא אליבא דכ"ע דאם לא כן הוה ליה לפרושי ולומר שהוא אליבא דר' יהודה · ולבר מן דין הקשה הגאון ר' עקיבא בדרוש וחידוש על תוס' הנ"ל מכל הנך שכופין להוציא · ומה שרצה הגאון הנ"ל לפרש שם דברי התוס' · בד"ה כפ"ק דנדה אינו מפרש כן · ע"כ נראה לפי עניות דעתי בהשה שזינתה עומדת להתגרש וגם התוס' דייקו בלשונם שכתבו שם וגם אם לא ירצה הבעל לא יגרשנה אלא שלא תשמשני כו' ולמה לא כתבו במקום תיבת וגם תיבת ועוד כדרכם אלא ודאי כונת התוס' כי כל התירוץ לבדו אינו מספיק · אך בשני התירוצים אם תצרפם לאחדים נוכל לומר כן · ולפ"ז הוה להגמרא לתרולי בתירוץ מורווח יותר מזה כי בזבחים הוברר והופרש לשם חטאת או לשם עולה ומשו"ה כי שחיט סתמא לשמן קאי אבל גבי גיטין מעולם לא הוברר ולא הופרש שכתב הגט לאשה זאת מהיכא תיתי נאמר שאם כתב הסופר הגט בסתם שיהיה קאי הגט לאשה זו דוקא כדכתבתי לעיל בארוכות כי על התירוץ של הגמרא יהיה קשה קושית התוס' דבזינתה עומדת להתגרש ותירוצם של התוס' אינם מספיקין לפענ"ד וגם כתבתי לעיל שגם בעיני התוס' אינם מורווחים מדכתבו וגם ולא כתבו ועוד · וכן ראיתי לבאר אברהם בעירובין על הסוגיא הנ"ל שגם הוא הקשה שיש סברה לחלק בין הך סתמא דזבחים לסתמא דשתי קנים בשם פסול בסתמא אך שלא ביאר הסברה · וגם כתב שם דלרש"י דס"ל גבי לקחו שתי קיניהם בעירוב דאם הקריב קיניהם בסתמא פסול אי לא אמרינן ברירה דרש"י אזיל לשיטתיה בריש פרק שמיני דזבחים שפירש אהא דתנן גבי נתערבו קדשים מין במינו אלא שבעליהם מחולקין זה מקריב לשם מי שהוא וזה מקריב לשם מי שהוא · דהיינו כשיקריבנו יאמר הרי הוא לשם בעלים שלו · ומשמע דס"ל גבי תערובות בעלים שאין ידועים מי הם לא סגי בסתם עד שיאמר בפירוש לשם מי שהוא · ולא אמרינן כריש זבחים דסתם קרבן לשמו קאי אלא א"כ ידוע שם הבעלים · וגם מדברי הרמב"ם בפירוש המשנה שם ובחיבורו בפרק שני הלכה ד' משמע כן עי"ש וזאת לא מבואר שם בתוס' אזלו ג"כ לשיטתם שכתבו (בדף ע"א ע"ב) בד"ה לשם מי שהוא שגם אם נקרבה סתמא כשר ולא צריך הכהן לומר לשם בעליה ולפי דעת רש"י והרמב"ם בפירושו במשנה ובחיבורו הגדול ביד החזקה גבי שנתערבו זבחים מין במינו אף דשם עכ"פ הופרש הקרבן פעם לשם בעליו אלא דאח"כ נתערב ואין אנו יודעין בעליו ואעפ"כ ס"ל שצריך הכהן לומר בשעה

שמקריב שלשם בעליו הוא מקריב ואינו מועיל מה שהופרש פעם אחת לשם בעליו כיון דאח"כ נתערבו מכש"כ בגט שלא שייך לומר שם שגט זה הוברר והופרש לשם האיש והאשה המתגרשת בעת קודם שנכתב בסתמא כמו שכתבתי לעיל וסתמא בזה בודאי פסול וחילוק גדול יש ביניהם ותמיה גדולה זאת מאי פריך הגמרא דבזבחים אם נקרבה בסתמא כשר ובגט אם נכתב בסתמא פסול הא בזבחים הוברר הדבר פעם אחת ולכן כשמקריבה אח"כ בסתמא דעתו על מה שפירש בדבריו תחילה ולכן כשר אבל הכא גבי גט שמעולם לא הוברר פעם אחת לשם מי שהוא לא נוכל לומר שהיתה הדעת הראשונה לכן בגט פסול בסתמא :

ונראה לי ליישב דלפי מה שכתב הרמב"ם בפירוש המשנה ובחיבורו הגדול דאם נתערבו זבחים מין במינו כשמקריבין צריך הכהן לומר לשם בעליו הוא מקריב וכן דעת רש"י כמש"כ לעיל ולפ"ז גם בסופר שכותב טופסי גיטין בעינן שיאמר הסופר שכותב לשם בעליו למי שרוצה לקנות מאתו ומכש"כ הוא מה זבחים שנתערבו שהופרש פעם אחת בעי שיאמר לשם בעליו כש"כ גט שלא שייך לומר שם שהופרש בעינן ודאי שיאמר הסופר שכותב לשם מי שירצה לקנות מאתו · ולפ"ז הדבר תלוי בברירה בתולה בדעת אחרים · אי אמרינן ברירה הגט כשר ואם לאו פסול ורבא ורבינא ס"ל דאמרינן יש ברירה בכל מקום בתולה בדעת אחרים ואי"ה לקמן אוכיח בעז"ה שרבא ורבינא ס"ל דאמרינן ברירה' בתולה בדעת אחרים וא"כ למה בגט אמרינן אין ברירה דהכותב טופסי גיטין צריך שיניח מקום וכו' ואי ס"ל דגם בגט כשר דאמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים א"כ אמאי צריך להניח וכו' יאמר הסופר קודם שיכתוב לשם מי שרוצה לקנות מאתו ויהיה הגט כשר כיון שאמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים אף דמקודם מזה מדחי הגמרא מאי דבעי להוכיח ממתניתין · יתר על כן אמר ללבלר כתוב לאיזו שארצה אגרש פסול לגרש בו ודחי שם הגמרא דלמא שאני התם דאין ברירה · דהתם דחי הגמרא שפיר כיון דהברירה הוא תולה בדעת עצמו ולא אמרינן ברירה בכל מקום לכן דחי הגמרא דלמא התם דאין ברירה ופירוש רש"י ע"ז וגרוע מסתמא · דסתמא בשעה שנכתב לא היה בדעתו של בעל לזו ואינתיק לשם אחרת אבל הכא בתולה בדעת אחרים כיון דאמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים בכל מקום לא שייך הכא לומר דאינתיק כיון דהוברר · ואף שכתב הר"ן בחידושיו בריש פרק כל הגט ובביאורו לרב אלפס בריש פרק שם דהכותב טופסי גיטין דהא דצריך שיניח לא תלה הדבר בברירה משום שנכתב בסתמא ואפילו הכי צריך שיניח דבעינן שיכתוב בפירוש לשמה ולא סגי בסתמא דהר"ן סובר כשיטת התוס' גבי זבחים שנתערבו מין במינו לא צריך הכהן לומר בשעה שהוא מקריב שמקריב לשם בעליו וגבי שתי נשים שלקחו קיניהם בעירוב ג"כ כשר כשמקריב בסתמא כמ"ש לעיל אלא דהוכיח שם הגמרא דאמרינן ברירה משום דאי לא אמרינן ברירה כל קן רחל איקריב למעלה וכל קן לאה הקריב למטה עכ"ל עיי"ש וגבי קינין מעולם לא הוברר ולא הופרש ואפילו הכי ס"ל להתוס' דכשר אם מקריב בסתמא · דמיקרי לשם בעליו רק דפסול מחמת החשש שכתבתי ותלה הדבר בברירה א"כ ה"נ גבי גט אף שלא שייך לומר שהוברר מתחילה לשם האיש והאשה המתגרש מ"מ סגי שיכתוב בסתמא אבל לפי דעת רש"י והרמב"ם דבעינן לומר גבי קדשים באופן זה שמקריב לשם בעלי' א"כ גבי גט נמי צריך שיאמר הסופר קודם שכותב לשם מי שרוצה לקנות וא"כ תלה הדבר בברירה אם אמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים אי לא · ודרך אגב אזכיר מה ששמעתי להקשות על דברי הר"ן אלו מהגאון הצדיק המנוח מוה' יהודא בכרך שהיה אב"ד דק"ק סיני שאינו מבין דברי הר"ן שהקושיא והתירוץ של הר"ן הזה מבואר בריש זבחים [והוא אמר זאת דרך אגב כשאמר פילפול על הסוגיא דר' חנינא סגן הכהנים · וכדי לזכות נשמתו כתבתי זאת] · והדרן לדברינו שתלה הדבר בברירה בתולה בדעת אחרים והיה קשה לרבא ולרבינא למה צריך שיניח הא אמרינן ברירה בכי האי גונא · ותירצו זאת משום דכתיב וכתב לה דבעינן שיהיה מבורר בשעת כתיבה לאיזו אשה כתב זאת לכן לא אמרינן אף אי אמרינן ברירה כי הא' בכל מקום כמו שכתבו התוס' בגיטין (דף כ"ד ע"ב) ד"ה לאיזו שארצה והבאתי לעיל · וא"כ לפ"ז מוכח דכש"כ דפסול אם נכתב בסתמא אף אם היה שייך לומר שהוברר והופרש מקודם כיון דלא אמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים אף דאמרינן ברירה בכל מקום אלא ודאי דגבי גט בעינן שיהיה בפירוש נכתב לשמה לשם אשה זאת כיון דכתיב לה וא"כ ה"נ גבי קדשים כיון דגילה לנו קרא דבעינן לשמה אמאי כשר בסתמא לכן משנה רבא דהתם זבחים לשמן קיימא והתם אשה לאו לגירושין עומדת · פירוש משום דחזינן דכל הברירות המוזכרים בגמרא ובראשונים ובאחרונים אף אם משכחינן בחד דוכתי' דאמרינן או להנך תנאי ואמוראי דסברי דאמרינן יש ברירה היינו דוקא שמתחילה קודם שהוברר נסתפק לנו האיך יהיה · אם יהיה הדבר או לא ואח"כ כשהוברר אמרינן הוברר הדבר למפרע בשעה שנולד הספק שיהיה כן אבל אם לא נולד הספק קודם זמן מה · לא שייך לומר ברירה שהוברר הדבר מסופו לתחילתו כיון שמעולם לא נכנס בגדר הספק ולא שייך ברירה אלא כגון שמניח עירוב ואומר אם יבוא חכם למזרח או שאמר ללבלר כתוב גט לאיזו שארצה אגרש או גבי תרומה שאומר שני לוגין שאני עתיד להפריש או גבי אחין שחלקו הספק נולד קודם ולאחר זמן כשהוברר אמרינן כי בעת שנכנס בגדר הספק הוברר הדבר שכן הוא בשעה שנולד הספק כמו גבי עירוב שמניח שני עירובין בבין השמשות אחד לצד מזרח ואחד לצד מערב אם יבוא חכם למזרח כו' הספק נולד בין השמשות בעת קניית העירוב לאיזו רוח יקנה העירוב וכשיבא חכם למחר למזרח אמרינן שגם בין השמשות היה כן וכן גבי גט בעת כתיבת הגט נולד הספק לאיזו אשה יבחר לגרש אח"כ ואח"כ כשאומר שהוא רוצה לגרש לרחל אמרינן הוברר שגם כתיבת הגט היה לרחל · וכן גבי תרומה בשעה שאומר שני לוגין שאני עתיד להפריש נולד לנו הספק על איזו שני לוגין יחול התרומה וכשמפריש למחר אמרינן הוברר וכן גבי האחין שחלקו בשעה שמת האב יש לנו ספק אם יחלקו האחין את ירושתן או לא ואח"כ כשחלקו אמרינן הוברר דוק ותשכח בכל הברירות שהוא כן · לכן משני הגמרא שפיר כיון דהתם אשה לאו לגירושין עומדת וא"כ לא נולד לנו בשום פעם ספק אם יגרשנה אי לא אלא מן השתא אמרינן שבודאי לא יגרשנה וא"כ לא שייך לומר אח"כ כשנכתב הגט למי שירצה לקנותו לגרש את אשתו ורצה אח"כ לגרש בגט זה למשל ראובן את רחל שהוברר הדבר שגם בעת כתיבתו שכתב הגט לשם מי שירצה לקנותו שהוברר הדבר שראובן זה ירצה לקנותו לגרש את אשתו רחל והוה כאילו מבורר היה בשעת כתיבתו שנכתב לשם ראובן זה והכא בודאי לא שייך לומר ברירה כי בעת כתיבת הגט לא היה לנו ספק שראובן זה יגרש את אשתו רחל · ואל תתעקש ולומר אמת שאצל ראובן לא היה שום ספק אם יגרש את אשתו או לא אבל אצל הסופר היה ספק וראיה שכותב גט · בודאי זה אינו כי מה שנולד הספק אצל הסופר בעת שכותב הגט אינה עושה שום פעולה דאין תלוי בדעת הסופר כלל רק בעינן שיהיה נולד הספק אצל הבעל המגרש והתם אשה לאו לגירושין עומדת לכן לא נולד אצלו שום ספק מקודם אולי יגרשנה ובזה בודאי לא אמרינן ברירה לכל התנאים והאמוראים אף אם הדבר תלוי בדעת אחרים ועומד להתברר אח"כ :

פרח ז אות ב

ובזה יובן דברי הגמרא בעירובין (דף פ"ב ע"א) דאיתא במשנה כיצד משתתפין בתחומין מניח את החבית ואומר הרי זה לכל בני עירי כל מי שילך לבית האבל או לבית המשתה · וכל מי שקיבל עליו · מבעוד יום מותר משתחשך אסור וכו'

וכו' ואמרינן בגמרא שם שמעת מינה אין ברירה דאי יש ברירה תיגלי מילתא למפרע כי מטעוד יום הוה ניחא אמר רב אבי הודיעו ולא הודיעו קתני פירוש דהקבלה יכול להיות אף משתחשך דאמרינן יש ברירה אך שצריכין להודיעו מבעו"י שהניחו בעבורו עירוב ולמחר כשקיבל אמרינן הוברר הדבר שגם בעת קניית העירוב בין השמשות היה ג"כ דעתו שיקנה העירוב אבל אם הודיעו משתחשך לא אמרינן ברירה · ועיין בפירש"י שם · ולכאורה דברי הגמרא צריכין הבנה מפני מה לא אמרינן ברירה אף כשהודיעהו משתחשך שהניחו את העירוב בעבורו · וחקוק על לוח לבי שהריטב"א מפרש שמפני זה לא אמרינן ברירה כיון שלא הודיעוהו מבעו"י א"כ לא היתה שעודות עירוב ראויה לו מבעו"י ודו"ק אבל מרש"י שם ד"ה הודיעו מבעו"י לא משמע כן לכאורה עיי"ש · אבל לפי מה שכתבתי יובן היטיב כיון שלא הודיעו מבעו"י שהניחו את העירוב בעבורו א"כ לא היה בין השמשות שום ספק אם ילך למחר לבית המשתה אם לא ולא שייך לומר כשהודיעו משתחשך ורוצה לילך בשבת לבית המשתה שהוברר הדבר שגם בין השמשות היה רוצה לילך כיון שלא היה שום ספק אצלו בין השמשות אם ילך או לא כיון שלא הניח עירוב אבל אם הודיעו מבעו"י שהניחו עירוב בעבורו א"כ היה ספק לו בין השמשות אם ילך למחר ותקנה לו העירוב או לא שייך שפיר לומר אם ילך למחר הוברר הדבר שגם בין השמשות היה דעתו כן ולפי דברי יהיה מדויק לשון רש"י מאוד עיי"ש: וגם כאן לא תוכל לומר שהאיש המניח את העירוב היה לו ספק בין השמשות אם ילך חבירו למחר אם לא · כי מה מועיל ספיקתו של המניח את העירוב אם הבע"ב בעצמו אינו מסתפק כדלעיל · וראיה ברורה לדברי מדאמרינן בחולין (דף י"ד ע"א) מי סברי בהמה בחייה לאכילה עומדת בהמה בחייה לגדל עומדת אי הכי בהמה לרבי יהודה ביום טוב היכי שחטינן פירוש דיהיו אסורין משום מוקצה כיון דלגדל עומדת אמר ליה עומדת לאכילה ועומדת לגדל נשחטה הוברר דלאכילה עומדת לא נשחטה הוברר דלגדל עומדת כו' עכ"ל הגמרא · מוכח מזה בפירוש כסברתי · דאי אמרינן ברירה אף שלא נולד הספק קודם ג"כ הוברר מסופו לתחילתו · אמאי הוצרך הגמרא לומר דהבהמה בחייה עומדת לאכילה ועומדת לגדל ולחזור ממה שאמר קודם דבהמה בחייה עומדת רק לגדל ולא לאכילה דהא אף אם אמרינן דעומדת רק לגדל בכל זאת מותר לשחוט בהמה ביו"ט כיון שנשחטה אמרינן הוברר הדבר שגם קודם יו"ט היתה עומדת לאכילה · אלא ודאי אי אמרינן שעומדת רק לגדל לא שייך לומר כשנשחטה ביו"ט הוברר שלאכילה עומדת גם קודם יו"ט כיון דעומדת רק לגדל לא היה קודם יו"ט שום ספק שעומדת לאכילה לכן לא שייך לומר הוברר הדבר · וע"כ משני הגמרא שפיר דאשה לאו לגירושין עומדת ולא שייך לומר הוברר הדבר כדלעיל :

היוצא מדברינו דרבא ס"ל דאף דלא אמרינן ברירה בתולה בדעת עצמו בתולה בדעת אחרים אמרינן ברירה בכל מקום אף בדבר שהוא דאורייתא · לבד בגט לא אמרינן ברירה אף בתולה בדעת אחרים וכן רבינא דאמר לרב פפא לא הוית גבן באורתא דרמי רבא מילי מעליתא ושני ונשמע דג"כ ס"ל כרבא דיש חילוק בין תלה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים לבד בגט היכי דכותב הסופר הגט לאיזו מי שירצה לקנות דפסול הגט משום דסתם אשה לאו לגירושין עומדת וא"כ לא נולד הספק בעת כתיבת הגט ואדרבה שבודאי לא יגרשנה דסתם אשה כו' א"כ לא שייך לומר הוברר שגם בעת כתיבת הגט נכתב לאיש הזה אבל אם אמר איש אחד ללבלר כתוב גט זה לאיזו שתצא מפתח תחילה בעת כתיבת הגט נולד לנו הספק איזו תצא מפתח תחילה יגרשנה דבגט לא בעינן דעת האשה כלל ואח"כ כשיצאת רחל תחילה שפיר אמרינן ברירה דהוא תלה בדעת אחרים כמבואר בגיטין (דף כ"ה) וגם נכנס בגדר הספק המסופק בעת כתיבת הגט אצל הבעל המגרש איזו תצא מפתח תחילה ודמי לשאר ברירות דעלמא וזה דס"ל לרבא ולרבינא דבתולה בדעת אחרים אמרינן ברירה בכל מקום לבד בגט היכי שלא נכנס בגדר הספק כדלעיל · אבל הכא שנכנס בגדר הספק יכולה להתגרש בגט זה כיון שתלה בדעת אחרים · ולקמן אוכיח עוד שרבא ורבינא ס"ל הכי והמה בתראי · ובזה יהיה ניחא מה שהשמיט הרמב"ם בפרק שלישי מהלכות גירושין האיבעיא דבעי רב הושעיא מרב יהודה אמר ללבלר כתוב לאיזו שתצא מפתח תחילה מהו כו' עכ"ל הגמרא שהרמב"ם בפרק הנ"ל בהלכה ד' כתב שאם מגרשה בגט התולה בדעת עצמו הרי זה ספק גירושין והברירה שתולה בדעת אחרים לא כתב כלל האיך הדין והרב בעל לחם משנה כתב שם הטעם מה שהשמיט הרמב"ם האיבעיא הנ"ל וגברא רבה קא חזינא הכא אבל דבריו לפענ"ד איני מבין כלל וכלל עיי"ש ותמצאנו · ולפי מה שכתבתי ניחא הא דהשמיט הרמב"ם האיבעיא זאת כי לפי המבואר בגמרא שם נחלקו האמוראים הרבה אם נפשט האיבעיא או לא ולפ"ז מהגמרא דשם אינו מוכח האיך לפסוק אם אמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים או לא והרמב"ם ס"ל לפי האמת שאמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים אפילו בגט שנכנס בגדר הספק דהיינו כתוב לאיזו שתצא מפתח תחילה כנ"ל שפסק כרבא ורבינא דס"ל בריש זבחים כן כמו שכתבתי וגם אוכיח לקמן ממקומות אחרים שרבא ורבינא ס"ל הכי והמה בתראי לכן פסק הרמב"ם כוותייהו לכן לא הביא הרמב"ם בחיבורו בפרק שלישי רק הברירה שתולה בדעת עצמו שאם נתגרשה בגט כזה שהיא ספק מגורשת וממילא מובן מעצמו דברירה בתולה בדעת אחרים אם נכנס בגדר הספק אמרינן ברירה דאי לא אמרינן ברירה אף בתולה בדעת אחרים הוה ליה לכתוב רבותא יותר שאם מגרשה בגט שתולה הברירה בדעת אחרים הוי ספק · וזה לא נוכל לטעות שהברירה בתולה בדעת עצמו · בודאי אינה מגורשת שזה דבר פשוט כידוע לכל כיון שפסק בהך בעיא בתולה בדעת אחרים שספק מגורשת מטעם שבפרק משילין פסק הגמרא שבדרבנן יש ברירה ובדאורייתא אין ברירה אלמא יש ספק אי אמרינן ברירה אי לא כמבואר בר"ן בריש פרק כל הגט טעם הזה והרב המגיד שם ושם הברירה בתולה בדעת עצמו · והשתא דכתב הרמב"ם הברירה בתולה בדעת עצמו ולא כתב הברירה בתולה בדעת אחרים שיש הרבה אמוראים שאמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים אנו יודעים מעצמינו שדעת הרמב"ם שאמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים שפסק כרבא ורבינא שס"ל כן כדלעיל וזאת ידוע לכל שאין דרכו של הרמב"ם להביא איזה דין מה שלא מבואר בש"ס להדיא כמו שכתבתי לעיל רק במעט מקומות ולכן לא כתב בפירוש האיך הדין דברירה בתולה בדעת אחרים. וסמך שאנחנו מבינים מדברי' כדלעיל :

ועתה אביא ראיה כוללות דמאן דמחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים סובר דלא אמרינן ברירה בדבר העומד להתברר · לפי מה שכתב בשער המלך הלכות עירובין פרק שמיני הלכה ז' שר' יהודה אינו מחלק בין דבר העומד להתברר ובין דבר שאינו עומד להתברר אלא בכולה אמרינן דאין ברירה וז"ל שם · ולכן נ"ל דעיקר הלוקה הוא דהיא דמהיום אם מתי הספק שנסתפק לנו בעת התנאי הוא איזו לד מהתנאי אם יתקיים אם ימות ויהיה גט מהיום או לא ימות ויהיה הגט בטל והילכך כיון בספק זה שאנו מסתפקים בעת התנאי הוא עתיד להתברר בודאי בצד אחד מהתנאי אמרינן דיש ברירה הואיל ועומד הדבר להתברר אם יחיה או ימות מה שא"כ בההיא דהלוקח יין דמה שמתנה זה הוא דב' לוגין שאני עתיד להפריש יהיה תרומה נמצא דבאותה שעה שמתנה מכח תנאו נפל עלינו ספק על איזה לוגין יחול עליהם שם תרומה והילכך אע"ג דהיום או למחר יפריש ממנו לא אמרינן הוברר הדבר של ב' לוגין אלו היו ראוים לחול עליהם שם תרומה מעיקרא כיון שהספק שנפל לנו באותה שעה מכח תנאו על איזו לוגין יחול עליהם שם תרומה לא היה עומד להתברר

להתברר בודאי שהרי אפשר שלא יבא לידי ספרשה וכן בהסיא דסלע שתעלה בידי מן הכיס הספק שנפל לנו בתנאי אינו עומד להתברר בודאי דשמא לא יעלה וא"כ דהסיא דאם בא חכם למזרח משמע ודאי דס"ז דומה להסיא דמה היא באותן הימים שהרי הוא מתנה ואומר אם בא חכם למזרח עירובי למזרח למערב עירובי למערב לכאן ולכאן כו' לא לכאן ולא לכאן הריני כבני עירי א"כ באותה שעה הספק שנסתפק לנו הוא אם יקנה שביתה במזרח או במעריב או יהיה כבני עירו וא"כ הרי ספק זה הוא עומד להתברר בודאי למחר בלד אחד מן התנאים וא"כ היינו דק"ל שפיר דאיך קאמר רבי דליתא למתניתין מקמו איו הא אדרבא ניתא לדאיו מקמי מתניתין דעירובין ודגיטין במי שאחזו ובריייתא דכל שילקוטו · ואי משום דהתם הדבר עומד להתברר ה"נ דכוותיה כמ"ש כנ"ל · מאי קשיא לך דא"כ דהסיא דמסכת עירובין חשבינן דבר עומד להתברר א"כ היכי אמרינן בפ' בכל מערבין אדרבא ליתא לדאיו מקמי מתניתין ומשני לא ס"ד דתנן הלוקח יין כו' והשתא אם איתא. מאי ראיה מייתי מהסיא דהלוקח התם שאני דאין הדבר עומד להתברר · הא לא קשיא דאיכא למימר דהתם אליביה דרב קאמר ורב לא ס"ל לחלק בהכי אלא בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים כו' עכ"ל · ולפי דבריו סובר רבי יהודה דאף בדבר שעומד להתברר ג"כ לא אמרינן ברירה ולא מלינו שום תנא שחולק עליו רק דמלינו שיש תנאים דסוברים דאף בדבר שאינו עומד להתברר אמרינן ג"כ יש ברירה אבל זאת לא מלינו שיהיה שום תנא דסובר דבדבר שעומד להתברר אמרינן יש ברירה ובדבר שאינו עומד להתברר אמרינן אין ברירה זאת לא מלינו רק לרבי יוחנן כדי שלא תקשה דר' יוסי אדר' יוסי אהדדי כדהקשה התוספות בגיטין (דף כ"ה) ד"ה ורבי יהודה · מוכרחים אנו לומר דרבי יוסי סובר דאף בדבר שאינו עומד. להתברר לא אמרינן ברירה אבל בדבר שעומד להתברר אמרינן יש ברירה וזה הוא רק אליבא דר' יוחנן דלא מחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים אבל למאן דמחלקים בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים לא מוכח מרבי יוסי מידי וכל זה מבואר בתוס' בכמה מקומות ואחד מהם בפרק כל הגט הנ"ל · וכיון דלא מלינו שום תנא שיחלוק על ר' יהודה בודאי למאן דמחלקים בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים ע"כ ס"ל דהלכה כר' יהודה דלא אמרינן ברירה אף בדבר שעומד להתברר בתולה בדעת עצמו וכוותייהו פסק הרמב"ם מפני הטעם שכתבתי לעיל · לכן פסק דאם קידשה מעכשיו ולאחר ל' יום ובא אחר וקידשה מעכשיו ולאחר עשרים יום ובא שלישי וקידשה מעכשיו ולאחר עשרה ימים וכן. עד מאה כסדר הזה מקודשת לכולם מספק אף לראשון משום דגם דדבר העומד להתברר ג"כ יש ספק אי אמרינן ברירה אי לא דמה דאמרינן דבדבר שהוא דאורייתא אין ברירה הוא רק מלד ספק כמ"ש הר"ן בריש כל הגט ובהרב המגיד בהלכות גרושין והבאתים לעיל אבל רבי יוחנן סובר דבדבר העומד להתברר אמרינן דיש ברירה בודאי אף דרבי יהודה סובר דאין ברירה מ"מ לרבי יוחנן דלא מחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים כמ"ש התוס' בעירובין (דף ל"ו) והבאתיו לעיל יהיה קשה דר' יוסי אדר' יוסי מוכרחים אנו לומר דר' יוסי ס"ל דבדבר העומד להתברר אמרינן יש ברירה כמבואר בתוס' פרק כל הגט והבאתיו לעיל ורבי יהודה ור' יוסי. קי"ל הלכה כר' יוסי לכן סובר ר' יוחנן דבדבר העומד להתברר אמרינן יש ברירה בודאי וע"כ סובר דקידושי מאה תופסין. בה בודאי כיון דלאחר זמן הראשון יתברר הדבר בהך רווחא דשייר הראשון אם קיבל הקידושין מאחר אי לא · וכיון דעומד להתברר אמרינן יש ברירה [ואלה הדברים הצריך לענייננו. תמצא לעיל] :

אבל עדיין צריכין אנו לבאר אף שרבי יוחנן אינו מחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים לכאורה יש לתרץ קושית התוס' דרבי יוסי אדר' יוסי בדרך אחר ואין אנו צריכין לומר דרבי יוסי סובר דבדבר העומד להתברר אמרינן יש ברירה וכדי שיהיו מובנים דברינו אכתוב קושית התוס' שכתבו בגיטין (דף כ"ה ע"ב) ד"ה רבי יהודה כו' משמע דרבי יוסי לית ליה ברירה פירוש לדבריהם בהך דהלוקח יין כו' ע"כ וכן בפרק בכל מערבין (דף ל"ז) גבי מעשר שיש לי בביתי יהיה מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס דאמר ר' יוסי לא חילל וקשה דתנן במי שאחזו כו' אלמא דיש ברירה כו' עכ"ל ולכאורה יש לתרץ דמן הלוקח יין כו' לא מוכח דרבי יוסי סובר דאין ברירה כדדחי הגמרא שם דנוכל לומר דאוסר משום שמא יבקע הנוד כו' וכן הוא. בכמה מקומות דחי הגמרא בדרך זה וממעשר שני ג"כ אין ראיה כדתניא בתוספתא והביאו הר"ש בפרק שביעי דמסכת דמאי במשנה ד' דאיתא בתוספתא דמעשר שני · מעשר שני זה שבחפץ זה מחולל על איסר זה ולא קבעו לו מקום רבי שמעון אומר קרא שם וחכמים אומרים עד שיאמר לצפונו או לדרומו ומייתי התם עובדא דר' שמעון בן גמליאל ור' יהודה ור' יוסי שנכנסו אצל בעל הבית בכזיב והיה מחלל כעין זה אמרו ליה השכרת מעות איבדת נפשות כמלא דר' יוסי ס"ל דאינו מחולל רק אם קבעו לו מקום אבל אם לא קבעו לו מקום לא חילל כמלא אין ראיה דרבי יוסי ס"ל דאין ברירה מגבי סלע שתעלה בידי מן הכיס מדאמר לא חילל דנוכל לומר דטעמיה דרבי יוסי משום דס"ל דבעינן שיקבע מקום להסלע משום הכי סובר דאינו מחולל אבל ברירה אמרינן · ואין לומר כיון דיש ברירה אמרינן הוברר הדבר שעל סלע. זו חילל ונמלא שיש קביעת מקום להסלע ומדאמר לא חילל. מוכח ע"כ דסובר דלא אמרינן ברירה · דהא מוכח מהגמרא דלא תליה הא בהא דאיתא בעירובין (דף ל"ז ע"ב) רבא אמר שאני התם דבעינן ראשית שיהיה שיריה ניכרין · ופירוש רש"י שם בד"ה רבא אמר טעמא דר' שמעון ביין לאו משום דאין ברירה הוא דאית ליה ברירה אלא משום דקרייה רחמנא לתרומה ראשית דגנך ותירושך מכלל שתהא מובדלת תרומה משיריה בשעת שקורא עליה שם שתהא היא נראית ראשית ואלו שיריה עכ"ל · מבואר דאף דאמרינן יש ברירה מ"מ כיון דבעינן קביעות מקום אינה תרומה וכן לגבי מעשר אינו מחולל ולפ"ז לא מוכח מידי דרבי יוסי סובר דאין ברירה וא"כ לכאורה לא קשה קושית התוס' · והכא גוונא איתא בירושלמי בריש פרק שביעי דדמאי לפי גרסת המפרש · גם. גבי תרומה אמרינן בירושלמי דטעמא דר' יוסי גבי הלוקח יין שסובר שאסור לשתות דבעינן שיהא מסוים התרומה כמו גבי קביעות מקום דמעשר שני · וכיון דאין לנו ראיה דר' יוסי סובר דאין ברירה אין לנו ראיה שמחלק רבי יוסי בין דבר העומד להתברר ובין דבר שאינו עומד להתברר אלא אמרינן ברירה בין בזה ובין בזה וא"כ. לפי מאי דפסקינן דבדבר דאורייתא אין ברירה · הדין דאף בדבר שעומד להתברר ג"כ לא אמרינן ברירה דהא רבי יהודה אינו. מחלק בין דבר העומד להתברר בין דבר שאינו עומד להתברר וכולהו ס"ל אין ברירה ולא מלינו מי שיחלוק בזה · א"כ לפ"ז לכאורה קשה על דברינו שכתבנו דרבי יוחנן סובר דבדבר העומד להתברר אמרינן יש ברירה מטעם דרבי יהודה ור' יוסי הלכה כרבי יוסי ולפי דברינו זה אין שום ראיה מרבי יוסי שיחלוק על רבי יהודה בהא דסובר רבי יהודה דאין חילוק בין דבר העומד להתברר ובין דבר שאינו עומד להתברר · אך לפי מה שכתב הרשב"א ובאר מפרשים כמו שאבאר יהיה מוכח דלפי דברי רבי יוחנן סובר רבי יוסי דמחלק בין דבר העומד להתברר ובין דבר שאינו עומד להתברר · דהרשב"א כתב בחידושיו בפרק קמא דחולין (דף י"ד ע"א) ד"ה הא דאמרינן כו' ק"ל דהא בעי למימר לצפונו או לדרומו כדתנן בפרק ג' דתרומות האומר תרומת כרי זה בתוכו ומעשרותיו בתוכו ותרומות מעשר זה בתוכו ר"ש אומר קרא שם וחכ"א עד שיאמר לצפונו או לדרומו אלמא בעי למימר לצפונו או לדרומו וה"ק מה שאני עתיד להפריש כו' עכ"ל · ומשמע מדברי הרשב"א שם שהיה גירסת הירושלמי כמו שאיתא בספרים שבידינו רק שכתב שלא במקומן ולא כגרסת המפרש שם

דאיתא

דליתא בירושלמי תנא כו' ולא כטעמיה הדין טעמיה דהדין טעמיה דר' יוסי שמא יסייע טעמיה דר' שמעון שמא יבכה ויפתה השאר כהדא דתני מעשר שני שבחפן זה מחולל על סלע שבכיס זה כו' רבי יוסי אומר לא חילל כו' עכ"ל הירושלמי · וגירסת המפרש שם על תיבת שמא יסייע יהיה מסוים ופירוש דבעינן שיהיה התרומה והמעשרות מסוימים והכא לא קבע ליה מקום אינו מסוים וכן ס"ל לר' יהודה בברייתא שהביא הש"ס ורבי שמעון לא בעי מסוים ולפי דברי הרשב"א נראה דגרס כמו שאיתא בספרים שבידנו רק שנכתב שלא במקומו דאי כגירסת המפרש מוכח בירושלמי דמתניתין דהלוקח יין כו' בסתם כר"מ לא בעי שיהיה מסוים ומאי קשה ליה להרשב"א וגם מתירוצו של הרשב"א נראה יותר מבואר בהדיא דלא גרס כהמפרש ולקמן אכתוב התירוץ של הרשב"א ותראה משם :

ונראה לפי עניות דעתו דהגירסת בירושלמי כמו שאיתא בספרים שבידינו רק שנכתב שלא במקומו והטעם קאי מפני מה אמר ר' יוסי אם אמר שיהיה מחולל על הסלע שתעלה בידי מן הכיס אינו מחולל וע"ז קאי טעמא של הירושלמי שמא יסייע והכי פירושו טעמיה דרבי יוסי שמא יסייע דכוונתו היה שיהיה מחולל על הסלע שתעלה בידו מן הכיס מעצמו דאי תימא דהיה כונתו על זה הסלע שיברור בידו זה אין שייך לברירה כלל כמבואר ברש"י בגיטין (דף כ"ה ע"ב) ד"ה ולכי מיית הוי גיטא כו' וכן בתוס' שם בד"ה ולכי כו' באיזה אופן שייך ברירה בדבר שאין בידו ובשעת התנאי ספק והתנאי מתקיים מאיליו בזה האופן שייך ברירה כשאחר זמן יבורר הדבר כגון סלע שתעלה בידו מן הכיס מעצמו התנאי מתקיים מאיליו וכשעלה הסלע אמרינן הוברר הדבר שעל אותו סלע היה דעתו שיהיה מחולל אבל שאר תנאים שאדם מתנה ודעתו לקיימו כשמתנה עליהם ולכשנתקיים התנאי הוה כשאר תנאים ולא שייך משום ברירה הוא כגון אם היה אומר הסלע שיברור בידו במתכוון יהיה מחולל הוה כשאר תנאים ולא שייך לברירה כלל עיין שם ברש"י ותוס' ושניתי את לשונם כדי לקצר ולכן טעמא דרבי יוסי דאמר שאינו מחולל על סלע שתעלה כו' משום שמא יסייע בידו במתכוין ואין הדבר עומד להתברר שיעלה הסלע בידו מעצמו וכיון שאינו עומד להתברר לא אמרינן ברירה אבל אם אמר על הסלע היפה שיש בכיסו שיהיה מחולל שמודה ר' יוסי שחילל כיון שאין שם אלא סלע אחת יפה ע"כ כונתו שאם תהא יהא מחולל ואם לא תהא לא תהא מחולל עומד הדבר להתברר אם תהא או לא תהא אבל כשאמר הסלע שתעלה בידי מן הכיס יהיה מחולל אם כונתו היה שתהיה מחולל בודאי אך אינו יודע על איזו סלע תהיה מחולל ואומר על איזו סלע שתצא מעצמו וזה לא אמר שאם לא תצא לא תהיה מחולל אדרבה אמר שיהיה מחולל בודאי כונתו כן אבל אם אין שם אלא סלע אחת יפה אף שאמר לשון יהיה מחולל ע"כ כונתו שאם לא תצא לא תהיה מחולל אף שלא אמר בפירוש זאת דאל"כ הוה ליה לומר בסתם שתהיה מחולל על סלע זה ולמה אמר שתעלה בידי מן הכיס מוכרחים אנו לומר שיש איזה כונה בדעתו וכונתו היה כמ"ש דלא נוכל לומר כונה אחרת · ויתפרש הירושלמי בזה האופן · תני ר' יוסי ורבי שמעון אוסרין שמא תבקע הנוד ונמצא שותה טבלים למפרע לא כטעמיה הדין פירוש דהירושלמי מלמדינו שהטעם שמא תבקע הנוד אינו אליביה דכו"ע רק הוא טעמיה דר' יוסי לכן אמר לא כטעמא הדין ואח"כ מסיק הירושלמי טעמא דהדין כדטעמא דרבי יוסי פירוש שזה הטעם שמא תבקע הנוד הוא טעמא דר' יוסי ונמצא אינו עומד הדבר להתברר שיפריש התרומה דשמא תבקע ואח"כ מסיק טעמא דר' שמעון שמא יבכה ויפתה את השאר פירוש דהירושלמי מבאר והולך שלר' שמעון אינו הטעם משום שמא תבקע אלא יש ליה טעם אחר ואח"כ מסיק בירושלמי כהדא דתני מעשר שני שבחפן זה מחולל על סלע שבכיס זה חילל רבי יוסי אומר לא חילל ע"כ וזאת הברייתא איתא בעירובין (דף ל"ז ע"ב) ושם איתא סלע שתעלה בידי מן הכיס ודרכו של הירושלמי לקצר כידוע וכונת הירושלמי ג"כ על אותו שתעלה ואח"כ מסיק בירושלמי מאי טעמא דרבי יוסי · וכאן צריך להיות תיבת שמא יסייע ופירוש כך הוא · מאי טעמא דרבי יוסי שמא יסייע פירוש שמא יסייע בידו לברור איזו סלע ולפ"ז לא יהי' מחולל כלל בכונתו היה שתצא מעצמו כמ"ש לעיל ואופן זאת לא דיבר רק אדרבה אמר שתהיה מחולל אך אינו יודע על איזו סלע תהיה מחולל אמר סלע שתעלה בידי מן הכיס מעצמו וא"כ אין הדבר עומד להתברר שמא יסייע ויברור במתכוין ואח"כ מסיק בירושלמי שאם אמר על הסלע היפה ועל הדינר היפה שחילל כו' פירוש דהירושלמי משמיעינו דמכין לנו שזה טעמא דרבי יוסי על זה אמר כיון שמודה ר' יוסי שאם אמר על הסלע היפה ועל הדינר היפה שחילל ושם ג"כ היה כונתו שתעלה בידו מעצמו כמ"ש לעיל וכן היא שנויה בעירובין בלשון שתעלה בידו מן הכיס כו' אלא שדרכו של הירושלמי לקצר וצריכין להבין מפני מה שם מודה רבי יוסי דילמא לא תעלה מעצמו ושמא יסייע שיכון לכוליה אלא והאי דהתם עומד הדבר להתברר שכונתו היה אם תעלה יהיה מחולל ואם לא תעלה לא תהיה מחולל וזה עומד להתברר אבל כשאומר על הסלע שתעלה בידי מן הכיס כונתו היה שיהיה מחולל בודאי דהא אמר שיהיה מחולל רק אינו יודע על איזו סלע לזה אמר איזו סלע שתעלה אבל זאת לא אמר שאם לא תעלה לא תהיה מחולל א"כ אינו עומד הדבר להתברר לכן לא אמרינן ברירה כן נלפענ"ד פירוש הירושלמי והמפרש בהגיה תיבת מודה במקום מאי טעמיה נמצא לפי שהגיה המפרש שם שני ט"ס בירושלמי אחד מחק תיבת שמא יסייע והגיה תיבת מסוים · ושנית מחק תיבת מאי טעמיה והגיה תיבת מודה · ולפי פירושי התיבה שמא יסייע הנכתב אצל טעמיה דר' יוסי צריך להיות אח"כ אחר תיבת מאי טעמיה ואינו צריך למחוק ולהגיה רק יש כאן קצת עירבוב דברים וסתמא דירושלמי הוא דעת ר' יוחנן כיודע ור' יוחנן אזיל לשיטתיה כמו שסובר בבבלי לפי דבריו · אף שס"ל לר' יוסי שלא אמרינן ברירה בדבר שאינו עומד להתברר אך בדבר שעומד להתברר אמרינן יש ברירה כמה שכתבתי לעיל ולפי דעתי גם הרשב"א היה לו גרסא כזאת לכן אינו מוכח מהירושלמי שהסתם מתניתין דהלוקח יין כו' שהוא דברי ר' מאיר בברייתא דלא בעינן שיהיה מסוים לכן הקשה הרשב"א מה שהקשה ותירוץ שם הרשב"א ז"ל בשם הרמב"ן ז"ל בשם גאון ז"ל למ"ד יש ברירה באומר שאני עתיד להפריש מהני כשהוא מפרישו הוברר הדבר למפרע שעל מה שהפריש חל המעשר ושיריה ניכרין הן למפרע אעפ"י שלא היו ניכרין בשעת קריאה · והא דבעינן לצפונו או לדרומו בקורא לה שם מעתה ודתנן וכו' מיהו לכאורה בעירובין לא משמע הכין וכו' אמר רבא התם היינו טעמא דבעינן שיריה ניכרין וכו' כפי שהקשיתי לעיל מעצמי ות"ל שכוונתי לדעתו הגדולה והרחבה · ואח"כ מסיק הרשב"א ואיכא למימר דמסקנא בהכי סלקא דהאמרינן התם והבע"ה כדקתני טעמא א"ל לר"מ אי אתה מודה שמא יבקע הנוד כלומר אי איכא מאן דאית ליה ברירה שיריה ניכרין הן למפרע וכשמפריש למחר מן הדין מתוקן מה ששתה למפרע אלא דלכתחילה אסור לעשות כן גזרה שמא יבקע הנוד ונמצא שותה טבלים למפרע דהא לא איתבררה לי' התרומה מיניה ואפילו לבסוף לאו לכלל תרומה אתיא עכ"ל הרשב"א ולפי תירוץ הרשב"א נראה בעליל שלא היה גורס כגירסת המפרש כאן · שלפי שיטת הרשב"א כיון דאי אמרינן ברירה הוה שיריה ניכרין ומסוים הוא א"כ למה אמר בירושלמי דטעמא דר' יוסי דבעינן שיהיה מסוים ולא משום שמא יבקע דהא לא חיישינן שמא יבקע אמרינן ברירה שעומד הדבר להתברר וא"כ יהיה שיריה ניכרין ולא מצינו למימר דכונת הירושלמי לפי גירסת המפרש דרבי יוסי בעי שיהיה מסוים והכא לא מסוים משום דס"ל דאין ברירה אף בדבר העומד להתברר זה לא מצינו לערב לפי גירסת המפרש אם נאמר דהרשב"א היה ליה ג"כ כגירסת המפרש דהא להרשב"א גם

ה"ק בעי שיהיה משוים כדהקשה הרשב"א וטעמא דרבי מאיר דמתיר לשתות משום דס"ל דאמרינן ברירה וכיון דאמרינן ברירה הוברר הדבר שהיה שיריה ניכרין בשעת שתיה · לפ"ז עיקר פלוגתייהו דר' מאיר סובר דיש ברירה והוה שיריה ניכרין ור' יוסי סובר דאין ברירה לכן לא הוה שיריה ניכרין לפ"ז שבק הירושלמי עיקר טעם פלוגתתם ונקט הטעם דרבי יוסי אומר משום דבעינן שיהיה משוים וזה הטעם אינו מספיק כלל כי גם הת"ק בעי שיהיה משוים ואפילו הכי מתיר אלא ודאי דפירוש הרשב"א כמו שפירשתי דטעמא דר' יוסי משום שמא יבקע ולכן לא הוה ראשית שיהיה שיריה ניכרין וכן גבי סלע אולי לא תעלה כלל ואינו עומד הדבר להתברר שמא יסייע כדכתבתי לעיל לכן לא הוה משוים ומשו"ה לא חילל · זה טעמא דרבי יוסי · אבל דר' יהודה ור' שמעון אינו טעמא משום שמא יבקע ומשו"ה לא אמרינן ברירה · אלא הוה אמרינן ברירה אף דחיישינן שמא יבקע וטעמא דרבי שמעון לפי שיטת הירושלמי שמא ישכח וישתה את השאר וטעמא דרבי יהודה ורבי שמעון לפי שיטת הבבלי בכמה מקומות משום שמא יבקע הנוד וישתה טבלים למפרע פירוש ולא יפריש כלל ולא שייך למימר הוברר אבל אמרינן ברירה אף בדבר שאינו עומד להתברר וזהו לפי מסקנת הגמ' בכמה מקומות אבל להוה אמינא בגמרא בכמה מקומות הוא משום דהוברים רבי יהודה ור' יוסי ורבי שמעון שהטעם דלא אמרינן ברירה משום שאינו עומד להתברר שמא יבקע הנוד והחילוק כך הוא דלה"א בגמרא בכמה מקומות משום דזה הסברא שיהיה אסורים לשתות משום שמא יבקע הנוד ולא יפריש ויהיה שותה טבלים למפרע וזהו חששה רחוקה אבל זה הטעם דלא אמרינן ברירה משום דיש חששה רחוקה שמא יבקע ונמצא שאינו עומד להתברר בודאי לכן לא אמרינן ברירה ולהכי כתבו התוס' בכמה מקומות שידוע להגמרא שאין זה עיקר הטעם שמא יבקע ונמצא שותה טבלים למפרע דמשמע מזה הלשון דלאחר שיבקע יהיה מבורר ששתה טבלים למפרע אבל לא קודם לכן וזהו חששה רחוקה אלא הוה סליק אדעתי' דגמרא לומר הטעם משום דאין ברירה שאינו עומד להתברר בודאי כנ"ל אלא א"כ כשהקשה דרבי יהודה אדרבי יהודה בכמה מקומות ודרבי שמעון אדרבי שמעון הולך הגמרא לומר שעיקר הטעם הוא משום שמא יבקע הנוד ושותה טבלים למפרע פירוש לאחר שיבקע ולא יפריש יבורר הדבר ששתה טבלים אבל קודם שיבקע לא היה שותה טבל ולא מטעם ברירה דאי מטעם דלא אמרינן ברירה נמצא ששותה טבלים אף קודם שיבקע דהוה כלא הפריש כלל ולעיל כתבתי בסגנון אחר ולפי שכתבתי כעת ניחא יותר ועיין בחידושי מהר"ש מלובלין בגיטין (דף כ"ה ע"ב) על התוס' ד"ה ר' יהודה ורבי יוסי ורבי שמעון שגם לפי דבריו שם נ"ל כן :

ומזה הדברים לא תוכל להקשות על הפירוש שפירשתי את הירושלמי דטעמא דר' יוסי שמא תבקע הנוד ונמצא ששתה טבלים למפרע משום זה' אינה עומד להתברר ומשו"ה לא אמרינן ברירה דלכאורה קשה כיון דטעמא דר' יוסי משום שמא תבקע הנוד ונמצא ששותה טבלים למפרע וזה הלשון איתא בירושלמי א"כ ע"כ אין הטעם דר' יוסי משום דלא אמרינן ברירה דמשום הך טעמא היה שותה טבלים אף קודם שיבקע ואף אם לא יבקע כלל ג"כ שותה טבלים כיון דלא אמרינן ברירה ומה הלשון ונמצא שותה טבלים למפרע דמשמע לאחר שיבקע נמצא דהיה שותה טבלים למפרע אבל אם לא היה נבקע לא ויש לתרץ זאת דאף לפי דמבואר בבבלי משמע הלשון כן כמו שאכתוב לקמן · אבל בירושלמי יש גרסא אחרת · שמא תבקע הנוד ונמצא בשותה טבלים למפרע · דמלת למפרע אינו קאי על האיש השותה אלא קאי על הנוד ואומר הירושלמי נמצא ששותה טבלים פירוש קודם שיבקע הנוד משום דלא אמרינן ברירה · וא"כ אומר הירושלמי למפרע פירוש דקאי אנוד דאף קודם שיבקע הנוד שתה טבלים כיון דלא אמרינן ברירה אבל בבבלי גם איתא התשובה שהשיב ר' מאיר אמר להם לכשיבקע גם לא תוכל לפרש דמלת למפרע קאי אנוד מדהשיב רבי מאיר לכשיבקע משמע דבזה פליגי דהם חששו שמא יבקע ונמצא שותה טבלים למפרע ור' מאיר לא חייש לזה אבל אם שתה ולא נבקע הנוד כו"ע ס"ל דלא שתה טבלים וזאת לא נוכל לפרש דר' מאיר אמר להם לכשיבקע פירש דודאי לא תתבקע ועומד להתברר בודאי ומשום הכי אמרינן ברירה דזה אינו דבודאי יש חששה רחוקה עכ"פ שיתבקע ונמצא שאינו עומד להתברר בודאי · ולפי הנראה מה שאיתא בירושלמי תני ר' יוסי ור' שמעון אוסרים שמא תבקע הנוד וכו' אינו הברייתא דאיתא בבבלי · דבבבלי משמע דכולם השיבו רבי יהודה ור' יוסי ור' שמעון ובירושלמי מבואר תני ר' יוסי ור' שמעון אוסרין שמא תבקע הנוד כו' ולפי הירושלמי משמע דר' יהודה לא השיב כלום ובזה בודאי אין דרך הירושלמי לקצר ולדלג איזה תנא :

היוצא מדברי הרשב"א ומפירושינו בירושלמי אי אמרינן ברירה הוה תרומה אף דבעינן שיהיה משוים ויהיה שיריה ניכרין כדכתיב ראשית בכל זאת אי אמרינן ברירה מיקרי משוים ושיריה ניכרין כיון דלאחר זמן שהופרש התרומה אמרינן הוברר הדבר שהיה שיריה ניכרין בשעה ששתה כדכתב הרשב"א בהדיא אלת וגם הים"ש בדיני ברירה בפרק הפרה כתב ג"כ כסברה זאת וגם שער המלך בפרק ג' מהלכות גירושין הלכה ד' אלא שהמה לא כתבו זאת בשם הרשב"א לפ"ז ע"כ הוכיח דרבי יוחנן דלר' יוסי יש חילוק בין עומד הדבר להתברר ובין אין עומד הדבר להתברר דאל"כ קשה דר' יוסי אדר' יוסי כמ"ש בשם התוס' · ולא תוכל לחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים דר' יוחנן אין מחלק בהכי כמ"ש לעיל בשם התוס' וגם לא תוכל לתרץ דר' יוסי סובר דיש ברירה ומה שסובר רבי יוסי דלא הוה תרומה גבי הלוקח יינות גבי מעשר שני שהם אמר שיהיה מחולל על הסלע שתעלה בידי מן הכיס לא חילל דהיינו טעמ' משום דבעינן שיהיה משוים אבל לעולם אמרינן יש ברירה · זה לא נוכל לומר כן דאי אמרינן יש ברירה א"כ נקרא משוים וכדכתבתי בשם הרשב"א · וגם לפי פירושינו בירושלמי ג"כ מבואר כן · וא"כ קשיא דר' יוסי אדר' יוסי לכן הוכיח ר' יוחנן דאף דר' יוסי סובר אין ברירה מ"מ בדבר העומד להתברר אמרינן יש ברירה ואף ברבי יהודה סובר דלא אמרינן ברירה אף בדבר שעומד להתברר כדכתבתי לעיל בשם שער המלך מ"מ הא קי"ל רבי יהודה ור' יוסי הלכה כר' יוסי · לכן ס"ל לרבי יוחנן דאמרינן יש ברירה בדבר שעומד להתברר ומשו"ה סובר ר' יוחנן דקדושי אחר תופסין בה כיון דבעינן שיכלה זמנו של שני בתוך זמנו של ראשון וכן כולם בעינן שיכלו זמנם בתוך זמנו של ראשון ומשום זה לאחר שכלה זמנו של ראשון ידעינן אם קיבלה קדושין מאחר או לא א"כ הוה הדבר עומד להתברר ובזה אמרינן ברירה לכן סובר דקדושי אחר תופסין בה בודאי · אבל הרמב"ם פוסק כאביי וכרב משרשיא וגם רבינא בגיטין (דף כ"ה ע"ב) כמו שגרסם בצידו של הש"ס שצריך להיות רבינא וגם אנכי הוכחתי שגם רבינא סובר כן וגם הוכחתי שגם רבא סובר כמותם · וכולם מחלקים דאף דלא אמרינן ברירה בתולה בדעת עצמו אבל בתולה בדעת אחרים אמרינן יש ברירה והמה בתראי לכן פסק הרמב"ם כוותייהו ובפרט שגם רב ור' יוסף סבירא להו הכי לפי דעת התוס' כמו שכתבתי לעיל · לפ"ז לא מוכח דר' יוסי סובר דאמרינן יש ברירה בדבר העומד להתברר ויחלק על ר' יהודה · דבלא"ה לא קשה דר' יוסי אדר' יוסי כיון דיש חילוק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים וכמבואר בגיטין בתוס' שם ד"ה רבי יהודה ור' יוסי ור' שמעון אוסרים כו' וכיון שכן מהיכי תיתי לנו לומר שיחלוק על רבי יהודה וגם לא מצינו שום תנא שיפלוג על רבי יהודה רק זאת מצינו שכמה תנאים סוברים דאמרינן ברירה אף בדבר שאינו עומד להתברר אבל זאת לא מצינו דבדבר שאינו עומד להתברר לא אמרינן ברירה ובדבר העומד להתברר אמרינן יש ברירה אף בתולה בדעת עצמו וכיון דפסקינן דהלכה כר' יהודה וכשאר תנאים

דבדבר

דבדבר דאורייתא מצד ספק אין ברירה · א"כ ה"ה אף בדבר שעומד להתברר ג"כ לא אמרינן ברירה מצד ספק בדבר שהוא דאורייתא כי מה דפסקינן דלא אמרינן ברירה בדאורייתא הוא הצד ספק כמ"ש לעיל בשם הרמב"ם והר"ן והרב המגיד ומשום זה פסק הרמב"ם דקדושי אחה תופסין בה רק מספק אף לראשון כיון דדין הקדושין הזאת תלוי אי אמרינן ברירה בדבר שהוא דאורייתא או לא כדכתבתי לעיל · וכיון דפסקינן התם דספק הוא לכן פסק הרמב"ם ג"כ הכא דמקודשת לכולם אף לראשון רק מספק ודו"ק כי זה ברור ונכון הוא עד למאוד :

פרח ח אות א

ועתה אוכיח בע"ה ממקומות אחרים שרבא ורבינא ס"ל דאמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים ובזה יובן דברי הרמב"ם :

שהרמב"ם פסק פרק שביעי מהלכות נדרים הלכה א' שנים שאסרו הנאת כל אחד מהם על חבירו בין בנדר בין בשבועה כו' ואח"כ כתב בהלכה ב' ומותרים בדברים שהם בשותפות כל ישראל כגון הר הבית וכו' ואסורין בדברים שהם בשותפות כל אנשי העיר כגון הרחבה שבעיר והמרחץ והבית הכנסת והתיבה והספרים וכו' היו שניהם שותפים בחצר אם יש בה דין חלוקה כו' ואם אין בה דין חלוקה כל אחד ואחד נכנס לביתו פירוש דרך החצר ע"כ והוא אומר בתוך שלי אני נכנס כו' עכ"ל ותמה עליו הר"ן בנדרים (דף מ"ח ע"א) ד"ה ולא דברו כו' דלפי מאי דפסקינן לעיל כרבי אליעזר ב"ר יעקב דשותפין שנדרו הנאה זה מזה יכול כל אחד לומר שאני נכנס לתוך שלי לא קיי"ל כהתם מתניתין דהתם לנו דאסורים בדבר של אותו העיר כגון רחבה שזה דוקא לרבנן אבל כיון דאיפסקא הלכתא לעיל כרבי אליעזר ב"ר יעקב מותרין אף בדברים של אותו העיר דהא בגמרא תלה דין זה בדין זה ולפיכך יש לתמוה על הרמב"ם שמזכה שטרי לבי תרי שפסק כרבי אליעזר ב"ר יעקב וגם פסק כהתם מתניתין עיין שם בר"ן ושם יש אריכות קצת :

ונראה לפי עניית דעתי לתרץ בדרך נכון דהנה הר"ן ריש פרק השותפין הקשה וז"ל ואיכא דמקשי כיון דפלוגתייהו דרבי אליעזר ורבנן ביש ברירה ואין ברירה הוא דהכי אוקמא רבינא בפרק שור שנגח את הפרה (דף כ"ח) היכי פסקינן בגמרא כרבי אליעזר ב"ר יעקב דסבירא ליה דיש ברירה והא בפרק משילין (דף ל"ח) אסיקנא דכי ליה ליה לרבי אושעיא ברירה בדאורייתא אבל בדרבנן אית ליה ואיפסיק הלכתא כרבי אושעיא אלמא בדאורייתא אין ברירה וקשיא הילכתא אהילכתא והביא בשם ראשונים כמה תירוצים על זה וגם הר"ן בעצמו תירץ ע"ז עיי"ש וגם אנכי אכתוב תירוץ מה שהגני ד' שיש חילוק בין ברירה דהאי לברירה דעלמא והחילוק מבואר בגמרא בהרבה מקומות דכבר הבאתי לעיל שהרבה המוראים ס"ל בהדיא לחלק בין ברירה בתולה בדעת עצמו ובין תולה בדעת אחרים דאמרינן יש ברירה כמוזכר בגיטין (דף כ"ה) והכא גבי שותפין שנדרו הנאה זה מזה דאמרינן ברירה מחמת שתלוי כל אחד על דעת חבירו לפי מה שמבואר בר"ן שם משום דליכא למימר דהאי חצר כלו דמר וכלו דמר דאי דמר לאו דמר ואי דמר לאו דמר · וגם לא נוכל לומר שהחצר של שניהם בשותפות שבניהם ישתמשו ביחד בשוה משום דבחצר שאין בה דין חלוקה מיירי הכא אלא הכא קא אמרינן שהשותפין הללו בשעה שלקחו החצר על דעת כן לקחוהו שבשעה שישתמש האחד מהם תהא כולו שלו וכן אם יבוא חבירו אח"כ וישתמש בה תהיה ג"כ כולו שלו כל זה מבואר בר"ן שם · ולפ"ז ע"כ כל אחד תלה הברירה בדעת חבירו שאם יהיה רצונו להשתמש בחצר זה תהיה כולו שלו וכן השני תלה ג"כ הברירה בדעת חבירו שאם ירצה להשתמש בזה החצר תהיה כולו שלו וכי תימא מניין לנו זאת גם לפי דברי הר"ן דנוכל לומר דתלה הברירה כל אחד בדעת עצמו אם יהיה רצונו להשתמש בזה החצר תהיה כולו שלו וכן השני · דהא לא התנו שום תנאי בשעה שלקחו בשותפות החצר רק לקחוהו סתם · זה אינו · דהא ע"כ החצר בשעה שמשתמש אחד מהם אין לחבירו שום חלק בחצר כמ"ש הר"ן · ומוכרחין אנו לומר שכל אחד הקנה לחבירו החצר בשעה שמשתמש ועל דעת כן לקחוהו מתחילה · וזה הדבר תלוי בשותף שמוכר לחבירו : דאם כל אחד תלה בדעת עצמו שאמר שתהיה קנויה לי כל החצר בשעה שאני משתמש · אין בדבריו כלום · דמי הקנה לו · אלא ע"כ דחבריה השותף הקנה לו בתחילת קנית החצר שתהיה כולו שלו בשעה שמשתמש ולפ"ז תלה הברירה בדעת חבירו דהוה כאילו כל אחד אמר לחבריה בשעה שלקחו החצר בשותפות שתהיה קנויה לך בשעה שאתה רוצה להשתמש בה וא"כ כל אחד תלה הברירה בדעת חבירו · ובברירה שתולה בדעת אחרים אמרינן יש ברירה כמוזכר בגיטין בשם הרבה המוראים ס"ל הכי · וגם רבינא סובר כן · ולפי דברינו אלו יהיה ניחא מה שפסק הרמב"ם כרבי אליעזר ברבי יעקב דכל אחד נכנס לביתו דרך החצר אף דלא אמרינן ברירה בדבר שהיא דאורייתא דהכא שאני דתלה כל אחד הברירה בדעת חברו ובתולה בדעת אחרים ס"ל להרמב"ם דיש ברירה · וגם אם תאמר מה שאמרינן כאן הוברר היינו בעת שלקחו החצר בשותפות הקנה המוכר את החצר לשניהם שישתמש כל אחד ואחד בכל עת שירצה ויהיה קנוי לכל אחד ואחד כל החצר כשישתמש בה וזה האופן יותר עדיפא מהברירה ראשונה שכתבתי שכל שותף ושותף הקנה כל אחד לחבריה כדאמרינן בב"ק (דף ק"ב ע"ב) מהכו עלה במערבא לרבי יוחנן אליביה דרבי יהודא וכי מי הודיעו לבעל החיטים שיקנה החיטין לבעל המעות ועיין בח"מ סימן קפ"ג הרי דחזינן דהכל תלוי בדעת המוכר שהקנה לכל אחד ואחד כל החצר בעת שלקחוהו בשותפות בכל שעה שירצה להשתמש בה דאחר הלקיחה לא דברו השותפים איך ישתמשו בחצר שיהיה קנוי לכל אחד כל החצר בשעה שישתמש · רק בשעת שלקחוהו אמרינן שבאופן זה לקחוהו והמוכר הקנה לכל אחד ואחד כל החצר בשעה שישתמש בה · דגם זה הברירה תולה בדעת אחרים שהמוכר הקנה לו בשעת שירצה להשתמש יהיה שלו לגמרי ובתולה בדעת אחרים סובר רבינא דאמרינן ברירה כהנך אמוראי שסוברים כן ומוזכר בגיטין (דף כ"ה) לכן אוקמא פלוגתייהו דרבנן ורבי אליעזר בן יעקב דרבי אליעזר בן יעקב סובר דיש ברירה משום דהברירה הזאת תולה בדעת אחרים ורבנן סברי דאף בכה"ג לא אמרינן ברירה ומשנת ר' אליעזר בן יעקב קב ונקי · וגם בגמרא בנדרים פסקו כרבי אליעזר בן יעקב ולקמן אכתוב הטעם למה הולך הגמרא לפסוק כרבי אליעזר בן יעקב · ולכן פסק הרמב"ם כר' אליעזר בן יעקב ומאי דפסקינן בפרק משילין דלא אמרינן ברירה בדבר שהוא דאורייתא דהתם הברירה בתולה בדעת עצמו · וכל זה בחצר שאין בה דין חלוקה בהא אמרינן שבעת שלקחו החצר ביחד קנו באופן זה שהמוכר הקנה להם שיהיה כל החצר קנוי לכל אחד ואחד בשעה שישתמש בו כיון שאין בו דין חלוקה ואין יכולים להשתמש שניהם ביחד אבל בחצר שיש בו דין חלוקה ויכולים להשתמש שניהם ביחד אין אנו יכולים לומר שהמוכר הקנה לכל אחד ואחד כל החצר בשעה שמשתמש בה שהרי שניהם משתמשים ביחד אלא ע"כ שהקנה לשניהם החצר בשותפות שיהיו שניהם משתמשים בה תמיד עד שיהיו מתרצים לחלוק החצר ולכן פסק הרמב"ם שם שבחצר שיש בה דין חלוקה אסור כל אחד ואחד לכנוס בחצר ועיין בר"ן (בדף מ"ו ע"ב) בד"ה אבל יש דין וכו' · ולפ"ז ניחא מה שפסק הרמב"ם כהתם מתניתין שאסורין בדבר של אותו העיר כגון רחבה ובית הכנסת ובית המרחץ והתיבה והספרים האסורים · משום דגם התם כולם משתמשים ביחד ולא שייך ברירה כל כך ואף אי אמרינן ברירה שם היינו שהוברר שמשתמש בחלקו בשעה שמשתמש התם הברירה בתולה בדעת עצמו ·

עצמו כי בשעה שקנו המרחץ והבית הכנסת לא דברו כל אחד כלום עם המוכר שיהיה כל אחד חלקו מבורר שיהיה קנוי לו בשעה שמשתמש אדרבה מן הסתם אמרינן שהקנה לכולם ביחד שיהיו משתמשים כולם ביחד דמהיכי תיתי נאמר דהמוכר אסיק אדעתי' אולי אחד יאסור הנאתו על חבירו ויהיה אסור להשתמש בבית המרחץ ובבית הכנסת שמחמת זה הקנה לכל אחד ואחד שיהיה חלקו מבורר שיהיה קנוי לו חלקו בשעה שמשתמש · אלא ודאי הקנה המרחץ והבית הכנסת שיהי' שייך לכולם כל טפח וטפח כדאיתא בירושלמי הטעם הזה לרבנן בחצר שאין בה דין חלוקה · כן אמרינן לרבי אליעזר בן יעקב במרחץ ובבית הכנסת במשתמשים שניהם ביחד ולדעתי לא שייך בזה ברירה כלל כיון שהמוכר הקנה לכולם ביחד :

ובזה יהיה ניחא מה שראיתי מקשין שאיתא שם במשנה שרבי יהודה אוסר שם בדבר של אותו העיר ואמר תקנה שיהיה המדיר הנאה כותב חלקו לנשיא או להדיוט כמבואר שם במשנה וכמה אמוראים ס"ל בש"ס שלר' יהודה אמרי' ברירה ואמאי אוסר כאן בדברים של אותו העיר · ובפרט לדברי הר"ן קשה יותר שהוא כתב בר"פ השותפין בד"ה והיכא דמקשי שהך ברירה דהכא עדיפא יותר משאר ברירות אף שהוא כתב גם בחצר שאין בה דין חלוקה הלא הר"ן משוה יחד חצר שאין בה דין חלוקה עם דברים של אותו עיר · שלקמן (דף מ"ח) ד"ה ולא דיברו בנשיא כו' תמה על הרמב"ם מפני מה פסק כסתם מתניתין וכרבי אליעזר בן יעקב והאיך מזכה שטרי לבי תרי עיי"ש בר"ן והבאתיו לעיל · א"כ בהך דברים של אותו העיר ג"כ עדיפא הך ברירה מברירה דעלמא ולפ"ז קשה איך סובר רבי יהודה דאסורים בדברים של אותו העיר · הלא כמה אמוראים סוברים דלרבי יהודה אמרינן ברירה עיין בעירובין (דף ל"ז ע"א) דאיתא שם עולא אמר ליתא לאיו ממתניתין והלא הא דקתני רבי יהודה ורבי יוסי ורבי שמעון אוסרין עולא זוגי זוגי קתני דברי ר' מאיר ורבי יהודה · ורבי יוסי ור' שמעון אוסרין פירוש דעולא זוגי זוגי קתני דברי ר' מאיר ורבי יהודה סברי דיש ברירה ועיין גם בשאר מקומות ותמצא כן אלא בודאי דבדברים של אותו עיר לא שייך התם לומר הוברר · כיון שכולם משתמשים ביחד בודאי המוכר הקנה לכולם ביחד ואף אם תאמר דיש איזה סברא דתלה זאת בברירה הא ע"כ הברירה בתולה בדעת עצמו כיון שהמוכר לא אסיק אדעתיה שאחד יאסור הנאתו על חבירו אמרינן מסתמא שהקנה לכולם ביחד להשתמש ביחד תמיד כמו שכתבתי לעיל ומה שמדמה הגמרא (בדף מ"ו ע"ב) חצר שאין בה דין חלוקה לדברים של אותו עיר היינו לפי מאי דאמרינן דהמחלוקת בשיש בה דין חלוקה · ולפ"ז לא תלה הפלוגתא בברירה כמו שכתב הרב בעל לחם משנה אבל לפי מאי דמסקינן דהמחלו' קא היא בחצר שאין בה דין חלוקה ולפ"ז פליגי בברירה אי אמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים אי לא א"כ לא דמי כלל חצר שאין בה דין חלוקה לדברים של אותו עיר וחילוק רב יש ביניהם כמ"ש לעיל כפי מה שהבני' ה' · ולפ"ז לא יהיה קשיא הלכתא אהלכתא דקי"ל בכל מקום משנת ר' אליעזר בן יעקב קב ונקי וקי"ל בכל מקום דהלכה כסתם משנה · והכא יהיה סתרי אהדדי לפי דבריהם · ולפי מה שכתבתי לדעת הרמב"ם ניחא זה דחילוק רב יש ביניהם בין הך דינא דרבי אליעזר בן יעקב ובין הך דינא דסתם מתניתין · ואי תקשי לך לפי דברינו דלא סתרי אהדדי הך דינא דראב"י להך דינא דסתם מתניתין למה הוצרך הגמרא לפסוק שם (בדף מ"ו ע"ב) כרבי אליעזר בן יעקב הלא קי"ל משנת רבי אליעזר בן יעקב קב ונקי דבשלמא אם יש סתם מתניתין כנגד ר' אליעזר בן יעקב ניחא דהוצרך לפסוק כר' ראב"י משום דלא אמרינן הלכה כסתם מתניתין עיין תוס' בכורות (דף כ"ג ע"ב) ד"ה משנתי שמתרצים על מה שכמה פעמים הוצרך לפסוק הגמרא הלכה כר' אליעזר בן יעקב אבל לפי מה שכתבתי דלא סתרי הנך דינא אהדדי לכאורה קשה · גם זה יש לתרץ דיכול לומר דפליגי רבנן ורבי אליעזר בן יעקב בהך סברה אי ויתור אסור במודר הנאה אי לא דרבנן סברי דויתור אסור במודר הנאה ורבי אליעזר בן יעקב סובר דויתור מותר במודר הנאה כמו שכתב הר"ן בריש פרק השותפין בד"ה והיכא דמקשי כו' בשם רבינו תם ז"ל שזאת הטעם לר' אליעזר בן יעקב לפי האמת ולפי זה יהיה סתם מתניתין נגד רבי אליעזר בן יעקב לכן הוצרכו רב הונא ורבי אליעזר לפסוק כרבי אליעזר בן יעקב ויכול להיות שכוונתם לגלות לנו שפליגי אי אמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים אי לא כמו שכתבתי לעיל שרבינא סובר כן ולפ"ז לא סתרי הך דינא דסתם מתניתין להך דינא דרבי אליעזר בן יעקב ולא קשיא הילכתא אהילכתא כמ"ש · ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם שפסק כהך דינא דרבי אליעזר בן יעקב וכהך דינא דמתניתין כן נראה לי ודו"ק כי דרך נכון הוא :

פרח ח אות ב

היוצא מדברינו דרבינא סובר אף דלא אמרינן ברירה בתולה בדעת עצמו מ"מ בתולה בדעת אחרים סובר דאמרינן יש ברירה ואזיל לשיטתיה שסובר כן בריש זבחים לפי מה שכתבתי לעיל בפרח הקודם וגם רבא ס"ל כן דהפלוגתא דרבנן ורבי אליעזר בן יעקב דרבנן סברי אין ברירה אף בתולה בדעת אחרים ורבי אליעזר בן יעקב סובר דאמרינן יש ברירה בתולה בדעת אחרים כמו דסבירא ליה לרבינא · ולפי זה יסבור רבא דאמרינן יש ברירה בתולה בדעת אחרים דמשנת רבי אליעזר בן יעקב קב ונקי דחזינן במגלה דאיתא שם במשנה (דף ה' ע"א) אין בין המודר הנאה מחבירו למודר ממנו מאכל אלא דריסת הרגל וכו' ופריך שם בגמרא הא לא קפדי אינשי אמר רבא הא מני רבי אליעזר היא דאמר ויתור אסור במודר הנאה ומדמוקי רבא הסתם מתניתין כר' אליעזר מוכח מזה דלא אשכח לתרץ בגונא אחרינא חדא דרבי אליעזר שמותא הוא והאיך יסתום המתניתין כרבי אליעזר שנית כיחידאה לא מוקמינן כדאיתא בגיטין (דף ל' ע"א) כעולא נמי לא אמרי כיחידאה לא מוקמינן וכתבו שם התוס' בדבור המתחיל כיחידאי אף על גב דשמואל פסק בפרק קמא דב"מ כר' יוסי וכו' מ"מ מסתבר ליה לאוקמי מתניתין אפילו כרבנן הרי דחזינן אף דפסקינן כר' יוסי ואמרינן בכל מקום דרבי יוסי נימוקו עמו מ"מ בחר דרך אחרת כדי לאוקמי מתניתין כרבנן ואם רבא היה משכח דרך אחרת כדי לאוקמי כרבנן בודאי היה אומר · ויותר מזה מוכח דהא חזינן דאיתא במנחות (דף ס"ח ע"א) במשנה והבכורים כדברי רבי אליעזר בן יעקב ופריך שם הגמרא בע"ב לימא נמי כדברי רבי יהודה וכו' אמר רבא הואיל ופתח ביה הכתוב תחילה ופירש רש"י על זה בשביל דלהכי נקט רבי אליעזר ברבי יעקב ולא ר' יהודה משום דהוא יליף טעמיה דידיה מרישא דקרא ורב נחמן בר יצחק אמר הואיל ורב גברא פירש רש"י דלהכי לא נקט ר' יהודה ונקיט ר' אליעזר בן יעקב שהוא חכם ביותר שקי"ל משנת רבי אליעזר ב"י קב ונקי · ורבא לא אמר כרב נחמן בר יצחק משום דבדעתו דגם רבי יהודה רב גברא דהלכה כמותו נגד ר' מאיר ומבואר בעירובין (דף מ"ג ע"ב) שאין בדורו של ר' מאיר כמותו ומפני מה לא קבעו הלכה כמותו מפני שלא יכלו חביריו לעמוד על סוף דעתו כו' עיי"ש ונמצא דגם רבי יהודה רב גברא ולהכי אמר רבא תירוץ אחר הואיל ופתח כו' · ואי הוה משכח רבא שיכול לומר דהסתם מתניתין דמגילה שם איתא כר' יהודה בודאי היה אומר · נמצא לפירוש זה ע"כ מוכח דרבא סובר כרבינא · דרבנן ורבי אליעזר בן יעקב פליגי אי אמרינן ברירה אי לא דאי לא פליגי בהא לא משכחינן גונא לומר דפליגי רק דפליגי בויתור דרבנן סברי דויתור אסור במודר הנאה ורבי אליעזר בן יעקב סובר דויתור מותר במודר הנאה עיין בסוגיית הגמרא שם ובתוס' וברא"ש ובר"ן דו"ק ותשכח דלא משכחינן פלוגתייהו רק או כרבינא דפליגי בברירה או דפליגי בויתור · ואי רבא סובר דפליגי בויתור נמצא דרבנן דרבי אליעזר בן יעקב דריש פרק השותפין וגם הסתם מתניתין (דדף מ"ז ע"ב) וגם ר' יהודה

המבואר

המבואר שם · מוכח שם לפ"ז דס"ל דויתור אסור במודר הנאה · מדהזינן דאמר תקנה · באיך יהיו מותרין המודרין הנאה לכתוב המדיר חלקו לנשיא או להדיוט כמבואר שם במשנה · מוכח מזה דבלא תקנה אסורין בדברים של אותו עיר דויתור אסור במודר הנאה הוה ליה לרבא לאוקמי התם משנה דמגלה דהתם במשנה שם דויתור אסור במודר הנאה כר' יהודה ולא כר' אליעזר חדא דלאו שמותא הוא שנית דלאו יחיד הוא דאי מוקמית כרבי יהודה מוכח דרבנן דר' אליעזר בן יעקב וגם התם מתניתין כולהו ס"ל דויתור אסור · אבל השתא דאוקמי מתניתין כר' אליעזר לא ידעינן דרבנן וגם ההתם מתניתין ס"ל דויתור אסור · דיכול לומר דפליגי בברירה ואי בברירה פליגי לא מוכח משום אחד מהם דסובר דויתור אסור במודר הנאה · והא דאסרי רבנן לכנוס לתוך החצר והמשנה אוסרת לכנוס במרחץ ובבית הכנסת וגם ברחבה כו' היינו גזירה שמא ישתמש כיון דעד עתה קודם שנדרו רגילין היו להשתמש בחצר לכן אסרו חכמים שיכנוס לחצר משום דאם יכנוס חיישינן שמא ישתמש בה כמו שהיה רגיל קודם שנדרו · ולהשתמש בה סברי דבודאי אסור דאין ברירה · וכסברה זאת מצינו בעירובין (דף ע"ט ע"א) בית שבין שתי חצירות ומילא תבן כו' נתמעט התבן מי' טפחים · שניהם אסורים כיצד הוא עושה נועל את ביתו ומבטל את רשותו ופריך הגמרא שם בע"ב תרתי כיון דביטל רשותו למה נועל את ביתו הכי קאמר כו' ואיבעית אימא לעולם תרתי כיון דדש ביה אתי לטלטולי פירוש משום הכי צריך לנעול את ביתו כדי שיהיה ליה היכר בתיכף אחר צאתו מביתו הוא נועל את ביתו כדי שלא יבא לטלטל מביתו להצר · וכן פירוש רש"י שם הרחקה הוא כדי שלא יבא לטלטל דכיון דדש ביה · א"כ הוא הדין הכי נמי כיון דדש ביה ורגיל בזה החצר להשתמש קודם שנדרו אסורין לכנוס דחיישינן שמא ישתמש כיון דבשעה שנכנס לחצר אין לו שום היכר בחצר שלא יבוא להשתמש בה · דבשלמא התם כשנועל את ביתו אית ליה היכרא ולא יבוא לטלטל מבית לחצר ובשעה שהוא בחצר אין אנו מצריכין שום היכר כיון דבחצר מותר לטלטל הכלים שבביתו בתוכו כידוע וההיכר והרחקה שמצרכינן ליה הוא כדי שלא יבוא לטלטל מבית לחצר ולכן כשנועל את ביתו אית ליה היכר והרחקה ולא יבוא לטלטל מבית להצר ·: אבל גבי שותפין שנדרו הנאה אסור להשתמש בחצר גופו ואם מתירו לכנוס חיישינן שמא ישתמש בה כיון שבחצר אין לו שום היכר שמזכירו שלא יבוא להשתמש כשנכנס משו"ה אסור לכנוס לחצר · וגם יוכל לומר דהתם סגי בהרחקה כזאת דאף אם יבוא לטלטל לא הוי רק איסור דרבנן אבל הכא אם ישתמש בה עביד איסורא דאורייתא בעי היכר גדול ולא מצאו הכמים לעשות היכרא גדולה ואפשר גם היכר קטן לא מצאו הכמים לכן אמרו חכמים בסתימת דאסור לכנוס לחצר כיון שאין היכר כלל חיישינן שמא ישתמש בה ויבא לידי איסור דאורייתא · וק"ו הוא מה התם בעירובין דאף אם יבוא לטלטל מבית לחצר ליכא רק איסור דרבנן ואפ"ה מצרכינן לעשות היכרא והרחקה שלא יבוא לטלטל כ"ש הכא דאם אתה מתירו לכנוס בודאי חיישינן שמא יבוא להשתמש שהוא איסור דאורייתא · וכיוצא בזה מצינו בנדרים (דף ל"ט ע"א) בהמודר הנאה מחבריה שנכנס לבקרו עומד אבל לא יושב ואמרינן בגמרא שם מ"ט כדרבי שמעון בן אליקים כו' גזירה שמא ישהה בישיבה ופירוש שם הר"ן כיון דאתה מצריכו לעמוד אית ליה היכרא ולא אתי לשהות וגם שם (בדף מ"ב ע"ב) ר' שמעון בן אליקום אמר גזירה שמא ישהה בעמידה פירוש שם הר"ן כיון דשם אין שום היכר אף אם עומד לכן אסור אפילו לעמוד שמא ישהה בעמידה וה"נ כיון דאין לו היכר כשנכנס לחצר אם אתה מתירו לכנוס גזירה שמא ישתמש לכן אסרו חכמים אף לכנוס ולעולם אימא לך דכו"ע סברי דויתור מותר במודר הנאה · הגם שרבינא בבבא בתרא (דף נ"ז ע"ב) מוקי המתניתין דשותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין לכנוס לחצר כרבי אליעזר דויתור אסור ורבינא הא מוקי בהדיא דפלוגתייהו דרבנן ורבי אליעזר בן יעקב באין ברירה ויש ברירה ולפי מה שכתבתי דפליגי ביש ברירה ואין ברירה לא מצרכינן לומר דסברי רבנן דויתור אסור במודר הנאה ולמה מוקי כרבי אליעזר דויתור אסור · יוכל לומר דבזה פליגי רבא ורבינא דרבא סובר דטעמיה דרבנן דאסרי גזירה שמא ישתמש בה ולא ניחא ליה למימר דרבנן סברי כרבי אליעזר דשמותא הוא ועיין לקמן עוד מה שאכתוב בביאור הסברא הזאת אבל רבינא סובר דלא גזרינן שמא ישתמש בה אם אתה מתירו לכנוס · דגם בעירובין שם יש שני תירוצים ולפי תירוץ הראשון לא גזרינן שם שמא יבוא לטלטולי ביה אם אתה מתירו לכנוס לביתו · וגם בנדרים בשני המקומות אמרו שם אמוראים טעמים אחרים ולא גזרינן שמא ישהה ורבינא סובר כמותם · ולכן הוצרך לומר דהאי מתניתין כרבי אליעזר והרמב"ם פסק כרבא דהוא בתרא והוא ס"ל הטעם שם בנדרים שמא ישהא לפי דברינו · וגם סתמא דגמרא בנדרים (דף ל"ט) אמרינן הטעם גזירה שמא ישהא ומפני זה כתב הרמב"ם פרק ששי מהלכות נדרים הלכה י"ג גזירה שמא ישהא :

ואי תקשי לך כיון דלפי מה שכתבתי סברי רבנן והשתא מתניתין ורבי יהודה דאסורין לכנוס להצר גזירה שמא ישתמש בה מפני מה צריך לאוקמיה רבא התם מתניתין דמגילה כרבי אליעזר הוי ליה לאוקמא מתניתין כרבי יהודה וכרבנן דנדרים דסוברים דאסורים לכנוס לחצר משום דאם היינו מתירין לכנוס גזירה שמא ישתמש בה ולעולם ויתור מותר · יש לתרץ דלפי מה שכתבו התוס' בשבת (דף קכ"ד ע"א) ד"ה הא רבי אליעזר כו' וז"ל שם ועוד יש לומר דאין בין דפרק קמא דמגילה איירי במילי דאורייתא ואין בין דהכא היינו דתנן במשילין דאיירי במילי דשבות וכו' וכן כתב הרשב"א בחידושיו במגילה (דף ז' ע"ב) ד"ה מתניתין אין בין יו"ט לשבת כו' והקשה בירושלמי · ונראה לי לתרץ דבשל תורה מיירי כו' וכ' שם הרשב"א עוד אלא דקשיא ליה דהא גבי אין בין כהן המשמש לכהן שעבר כו' ומאי הכא משום דכי אין שני חוזר לעבודתו אינו בשל תורה אלא מדרבנן וכו' עכ"ל ומאי פריך הגמרא שם וכן כתב הטורי אבן בחידושיו במגילה ומקשה שם קושית הרשב"א מעצמו · נמצא לפי זה דכולי אין בין דפרק קמא דמגילה כל החילוקים הוא בשל תורה ולא איירי במילי דרבנן ומדמקשי הרשב"א מאין בין יו"ט לשבת על גבי אין בין כהן המשמש לכהן שעבר שהם משנות חלוקות שאחד (בדף ז' ע"ב) והשני (בדף ט' ע"ב) והאין בין דמודר הנאה (בדף ח' ע"א) נמצא דהאין בין דמודר הנאה מחבירו למודר ממנו מאכל וכו' איירי ג"כ במילי דאורייתא ומשום זה לא מצי רבא לאוקמא כרבי יהודה וכרבנן · דהטעם דאסורין לכנוס לחצר גזירה שמא ישתמש בה אבל לעולם ויתור מותר נמצא דהוא רק אסור מדרבנן ושם לא איירי במילי דרבנן · משו"ה הוצרך לאוקמי מתניתין כרבי אליעזר דסובר דויתור אסור והוא איסור דאורייתא · וגם אי תיקשי לך דאם רבא סובר דפליגי ג"כ אי יש ברירה אי אין ברירה למה לא נקט המתניתין רבותא יותר · דרבי אליעזר בן יעקב מתיר אף להשתמש בה משום דיש ברירה · ואין לומר הא דנקט פלוגתייהו באסורין לכנוס או לא להודיעך כחן דרבנן דאסרי אף בדריסת הרגל · דאדרבה הוה ליה למנקט פלוגתייהו אם מותרין להשתמש או לא ולהודיעך כחו דרבי אליעזר בן יעקב דמתיר אף להשתמש דכח דהתירא עדיף · וזה הקושיא רק לרבא לפי מה שכתבתי שהטעם דרבנן דאסרי לכנוס לחצר משום דחיישינן שמא יבא להשתמש בה ונוכל לטעות דרבי אליעזר בן יעקב דמתיר לכנוס לא מטעם ברירה מתיר לכנוס אלא משום דלא ס"ל האי סברה דחיישינן שמא ישתמש כמ"ש לעיל דגם רבינא סובר דלא חיישין שמא יבא להשתמש אבל להשתמש בה מודה רבי אליעזר בן יעקב לרבנן דאסורין · לכן קשה כנ"ל · אבל לרבינא לפי מה שכתבתי דלא ס"ל דהא דרבנן אסרי הטעם משום דחיישינן שמא יבא להשתמש בה אלא משום דויתור אסור במודר הנאה וכן משמע מהר"ן ושאר מפרשים האסורים

דהטעם דרבנן דאסרי משום דאסרי ויתור לא קשה מידי דהוה למנקט פלוגתייהו אם מותרין להשתמש או לא כדי לאשמועינן דרבי אליעזר בן יעקב מתיר אף להשתמש בה וכח דהיתרא עדיף · דאדרבה זה רבותיה יותר דמתירו לכנוס · דלכאורה קשה לפי סברת הר״ן דהא דמתיר רבי אליעזר בן יעקב בחצר שאין בה דין חלוקה הטעם משום דחצר קנוי כולו להך שותף בשעה שמשתמש בה כיון דאין בה דין חלוקה שיכולים להשתמש שניהם ביחד דאי דמר לאו דמר ואי דמר לאו דמר · זאת הסברה שייך שיהיה קנוי כל החצר לכל אחד ואחד מהם בשעה שמשתמש בה · הוא דוקא בהשתמשים לכל אחד ואחד אבל מה שרבי אליעזר בן יעקב מתירו אף לכנוס אף שהוא מיירי בחצר שאין בה דין חלוקה מ״מ לכנוס יכולים לכנוס שניהם יחד מחצר לביתו א״כ אין אנו יכולים לומר הוברר הדבר שבשעה שנכנס מחצר לבית שחצר כולו שלו · ואין אנו יכולין לומר הברירה כזאת כיון שיכולים לכנוס שניהם ביחד מחצר לביתם אדרבה מסתמא מתחילה קנאהו שיכנסו שניהם ביחד מחצר לביתם ולא יהיה קנוי לכל אחד בשעה שנכנס לביתו · כמו שאין אנו מתירין בחצר שיש בה דין חלוקה משום דאין יכולים לומר שיהיה כולה קנוי לכל או״א בשעה שמשתמש משום שיכולים להשתמש שניהם ביחד · כן הדין אף במכש״כ בכניסת כאו״א מחצר לביתם בודאי לא שייך לומר שלכל או״א קנוי לו כל החצר בשעה זו · ולפי מה שכתבתי בתירוצו דלא יהיה קשיא הלכתא אהלכתא יכולים לתרץ זאת: כיון דבשעה שלקחוהו בשותפות לא דברו זה עם זה כלום שיהיה קנוי לכל אחד ואחד בשעה שמשתמש בה או שיהיה קנוי לשניהם · אלא כיון דבחצר שאין בה דין חלוקה הוא ואין יכולים להשתמש שניהם ביחד אמרינן דהמוכר שהקנה להם החצר הקנה להם החצר באופן זה שיהיה קנוי החצר לכאו״א בשעה שמשתמש בה · כמ״ש לעיל באריכות · והנה גם המוכר הא לא דיבר כלום אלא כיון דע״כ אינם יכולים להשתמש שניהם ביחד בחצר זה הוה אומדנא דמוכח שבודאי היה דעת של המוכר בעת קניית החצר שהקנה לכאו״א החצר בשעה שמשתמש בה כיון שאין בה דין חלוקה וכה״ג מצינו דאמרינן אומדנא דמוכח והוה כאילו דיבר המוכר בפירוש זאת בעת קניית החצר שיהיה קנוי לכאו״א כולו · עיין בתוס׳ קידושין (דף מ״ט ע״ב) ד״ה דברים שבלב כו׳ ותוספות כתובות (דף נ״ז ע״א) ד״ה זבין ואיצטרכי ליה זוזי כו׳ וברא״ש פרק אלמנה ניזונות סימן ט׳ ועוד מבואר בשאר מקומות דאומדנא דמוכח הוה כאילו דברו בפירוש · והביאו כמה סוגית גמרא שאמרינן שם כן · ולפ״ז אמרינן מסתמא היה דעתו של המוכר בעת קניית החצר שיהיה קנוי לכל אחד ואחד כל החצר לכל מה שצריך שיהיה החצר קנוי לו · כי בודאי איכא דברים שיכולים להשתמש שניהם יחד ולא דברו כלום שלתשמיש זה יהיה קנוי לו כל החצר ולתשמיש אחר יהיה קנוי לשניהם ביחד אלא אומדנא דמוכח הוא א״כ לפ״ז גם זה אומדנא דמוכח הוא שמסתמא הקנה לכאו״א כל החצר בעת שיצטרך שיהיה קנוי לו כולו ולא לחבירו · א״כ לפ״ז יש רבותא יותר מה שמתיר ר׳ אליעזר בן יעקב אף לכנוס מחצר לביתם דלא תימא דבכניסת החצר לביתם יכולים לכנוס שניהם ביחד אף שאין בה דין חלוקה ולא הקנה לכל או״א כל החצר בשעה שנכנס מחצר לביתו ולא שייך ברירה ויהיה אסורים לכנוס · קמל״ן מתניתין דמתיר רבי אליעזר בן יעקב אף לכנוס ומכש״כ דמתיר להשתמש · אבל לרבא דס״ל דהטעם הוא משום שמא יבוא להשתמש · א״כ ליכא לתרץ הכי · כיון דאינו אלא משום גזירה · ואם השימוש עצמו מותר כ״ש לכנוס · והדרא קושיא לדוכתא אמאי לא אשמיעינן רבותא יותר דגם להשתמש מותר · אך גם זה נוכל לתרץ דזאת ידעינן דרבי אליעזר בן יעקב מתיר להשתמש בחצר מסוף דבריו דסיים בסוף דבריו במשנה ושניהם אסורים להעמיד רחיים ותנור ולגדל תרנגולים וכו׳ דמשמע דזאת דוקא אסורין כדמסיק התוס׳ שם הטעם בד״ה ושניהם כשהעמיד רחיים באים רוב עם לשם וכו׳ וכן לגדל תרנוגולים שמתפשטים בכל החצר וכו׳ פירוש בשעה כשחבירו ישתמש בה · וכן מסיק הש״ך ביו״ד סימן רכ״ו ס״ק ח׳ בזה הטעם · אבל שימוש אחר מותר ולפ״ז אף כשנקט פלוגתייהו אי אסור לכנוס לחצר אי לא ידעינן ג״כ שרבי אליעזר בן יעקב מתיר להשתמש בה · אבל אם הוה נקט פלוגתייהו אם מותרים להשתמש או לא · לא ידעינן אם רבנן אסרי אף לכנוס בה משו״ה נקט פלוגתייהו אי מותרין לכנוס אי לא ומזה ידעינן מדבריהם תרתי הדא דרבי אליעזר בן יעקב מתיר אף להשתמש ורבנן אסרי אף לכנוס :

ומתוך מה שכתבתי יהיה מדויק לשון הרמב״ם בזה שהרמב״ם כתב (בפרק שביעי מהלכות נדרים ה״ל ד׳) היו שניהם כו׳ ואם אין בה דין חלוקה כל אחד ואחד נכנס לביתו ואומר בתוך שלי אני נכנס ולמה לא ביאר הרמב״ם שמותר להשתמש כל אחד ואחד · ואין לומר שסובר הרמב״ם שאסור להשתמש מדכתב אח״כ בין כך ובין כך שניהם אסורים להעמיד תנור ולגדל תרנגולים כו׳ מדפרט הני תשמישים אסורים ולא כתב בקיצור שאסור להשתמש אלא ודאי דס״ל דמותר להשתמש שאר תשמישים ודוקא להעמיד רחיים וכו׳ אסור כמו שביאר התוס׳ הטעם והבאתי לעיל וכן כתב מהרש״ל בפרק הפרה בדיני ברירה (בפרק רביעי שלו באות כ״ז) וז״ל ולאו דוקא הליכה דשרי אלא אפילו להשתמש שרי ודוקא תשמיש קטן אבל תשמיש גדול כגון להעמיד בה רחיים ותנור וכו׳ וכן כתב הש״ך ביו״ד (סימן רכ״ו ס״ק ד׳) ומניין להם שתשמישי קטנים מותר אלא ודאי דלמדו זאת מדפרט במתניתין דוקא להעמיד בה רחיים כו׳ משמע דשאר תשמישי קטנים מותר · ולכאורה על הרמב״ם קשה יותר ממה שהקשיתי על המשנה דבמשנה איתא זה נכנס לתוך שלו וזה נכנס לתוך שלו ולא מבואר במשנה לאיזו צורך נכנס לחצר. אף שלכאורה דהלשון משמע דהליכה לבד מתיר בחצר בכל זאת נכתב בסתימות כדי לאשמועינן רבותא לרבנן דאסרי גם לכנוס ולפי האמת אף תשמישים קטנים מותר · אבל ברמב״ם מבואר יותר שהוסיף תיבת נכנס לביתו דמשמע דדוקא הליכה מתיר אבל תשמישי קטנים אסור דאל״כ מיותר תיבת לביתו ולמה שינה הרמב״ם לשונו מלשון המשנה וסוף דבריו משמע דסיים אבל להעמיד בה רחיים וכו׳ משמע דתשמישי קטנים מותר וא״כ לכאורה סותר רישא דבריו לסוף דבריו ולפי מה שכתבתי ניחא דהרמב״ם כתב דמותר לכנוס דרך החצר לביתו דהוה אמינא הא דמתיר ראב״י דוקא להשתמש כיון שאין יכולים להשתמש שניהם ביחד בחצר מפני שאין בה דין חלוקה כמבואר בר״ן ובלא״מ שם בודאי בעת קנית החצר אומדין דמוכח היה שדעת המוכר להקנות לכאו״א כל החצר בעת שירצה להשתמש כמ״ש לעיל באריכות · אבל לכנוס לביתו דרך החצר אין צריך לזה כל החצר ולא נוכל לומר שהמוכר הקנה לו כל החצר בעת שיצטרך לילך לביתו דרך החצר וה״א דאסור קמשל״ן דאפילו הכי שרי כמ״ש לעיל וסמך הרמב״ם שאנחנו נהיה למידים מסוף דבריו מדפרט להעמיד בה רחיים וכו׳ דאסור משמע דוקא הני דתשמישים גדולים כינהו הוא דאסור אבל תשמישים קטנים מותר כמ״ש מהרש״ל וש״ך הנ״ל :

נמצא לפי לדברינו דלרבא פלוגתייהו דרבנן ורבי אליעזר בן יעקב אי חיישינן שמא ישתמש ביה אם אתה מתירו לכנוס לחצר. אבל ויתור כו״ע ס״ל דמותר במודר הנאה וכן הסתם מתניתין דאסורין בדבר של אותו העיר ג״כ ס״ל דויתור מותר במודר הנאה והא דאסורין אף בדריסת הרגל היינו משום דחיישינן שמא ישתמש בה · לכן לפי זה רבי יהודה ג״כ סובר דויתור מותר במודר הנאה והא דאסר מפני טעם הנ״ל לכן לפי זה מוכרח רבא לומר דהסתם מתניתין דמגילה אתיא כרבי אליעזר דוקא דהוא סובר דויתור אסור אבל שאר תנאים לא מבכחינן. דויתור אסור וגם הוכחתי דרבי אליעזר בן יעקב מתיר אף להשתמש בחצר : לבד זאת אסורין להעמיד תנור וכו׳ ומה שמתיר ראב״י להשתמש בחצר הוא רק מטעם ברירה. דאית ליה ברירה ומשנת ראב״י

קב ונקי והלכה כראב"י ואמרינן ברירה ורבא בעצמו סובר דלא אמרינן ברירה כמבואר בקידושין (דף מ"ב ע"ב) אמר רב נחמן אחין שחלקו הרי הן כלקוחות כו' אמר רבא כו' וכן כתבו התוס' בגיטין (דף מ"ח ע"א) ד"ה אי לאו כו' דרבא ס"ל כלקוחות הן מהך דקדושין הנ"ל וא"כ לכאורה קשה למה לא פסק כראב"י דאמרינן ברירה אלא ודאי הא דמתיר ראב"י מטעם ברירה משום דהתם הברירה בתולה בדעת אחרים כמ"ש למעלה בהא אמרינן יש ברירה אבל בתולה בדעת עצמו סובר רבא דאין ברירה ואזדא רבא לשיטתיה כמו שסובר ברים זבחים דבתולה בדעת אחרים אמרינן יש ברירה כמה שכתבתי לעיל :

ואם לא דייקינן כולי האי יש לנו עוד דרך אחרת מפני מה לא מוקי רבא הסתם משנה דמגילה כרבי יהודא משום דסובר הא דרבנן אסרי אף לכנוס בחצר משום דאם אתה מתירו לכנוס לחצר חיישינן שמא יעמוד בה תנור ורחיים ויגדל תרנגולים · וכ"ת האיך חיישינן שמא יעמוד בה תנור וכו' הלא בזמן מועט לא יעשה זאת ובין כך ובין כך יזכור ולא יעשה וכעין סברא זו נמצא בשבת (דף קמ"ט ע"א) מאי שנא הקבוע בכותל דאדהכי והכי מידכר ופירוש רש"י על זה שילך להביא תער ומספריים עיין שם וגם מוזכר בתוס' שבת (דף קכ"ב ע"א) ד"ה ומשתמש כו' משום דשהיטה וכבישה הם קלים לעשות כו' פירוש להכי חיישינן שמא יעשה זאת כו' אבל כל הני אינם קלים לעשות כו' זה אינו דדוקא התם לא חיישינן כי אין לדמות גזירה זו לזו אבל הכא גבי נדרים חיישינן שמא יעמוד בה תנור וכו' כמבואר בר"ן (בדף מ"ו) בד"ה היה אחד מהם כו' וברא"ש שם ושאר מפרשים · ואין לומר דהיינו דוקא לרבינא משום דסובר בבבא בתרא (דף כ"ז) דשותפין לא קפדי אף על העמדת תנור כו' ודש ביה מקודם שנדרו להעמיד בחצר תנור וכו' לכן חיישינן · אבל לרבה בר אבוה ולרב פפא דסוברים בב"ב שם דקפדי שותפין אהדדי להעמיד תנור כו' · א"כ לא דש ביה בזה · ולדידהו לא חיישינן אם מתירו לכנוס שמא יעמוד תנור כו' והר"ן פירוש שם כל המשנה אליביה דרבינא כמבואר שם פיין שם לכן כתב דחיישינן · אבל גם זה אינו דגם לרבה בר אבוה ולרב פפא ג"כ חיישינן שמא יעמוד בה תנור כו' דאם לא תאמר כן האיך יתפרש המשנה אליבייהו הך בבא דהיה אחד מהם מודר הנאה כו' דלא מצינו לפרושי בענין אחר אלא משום דחיישינן שמא יעמיד בה תנור כו' ולרב פפא מבואר להדיא ברשב"ם בבבא בתרא שם אף דסובר דאיכא דקפדי להעמיד תנור וכו' בכל זאת דרכם להעמיד · דאיתא שם רב פפא אמר אידי ואידי בחצר השותפין ואיכא דקפדי ואיכא דלא קפדי גבי ממונא לקולא וגבי איסורא לחומרא ופירוש רשב"ם שם גבי ממונא כו' ומותר להעמיד זה בהמתו לחצר כל זמן שאין חבירו מעכב עליו והיינו קולא כו' ובדוכתיה אחרינא אמרינן דשותף שלא מדעת גזלן הוה ובד"ה גבי איסורא שותפין שנדרו וכו' · לבד מה שמבואר ברשב"ם · ע"כ מהגמרא מוכח כן כפירוש הרשב"ם דלא נוכל לפרש בדרך אחרת היינו דגבי ממונא אזלינן לקולא דאמרינן דלא הוה חזקה דזה לא מיקרי קולא דאם יש קולא לזה יש חומרא לזה והוה ליה להגמרא למימר בזה הלשון דלא הוה חזקה ולכן פירש הרשב"ם מה שקרא הגמרא קולא הוא מה שמתירין להעמיד תנור כו' אף שלא ברשות ולא מיקרי שותף שלא מדעת דאסור · וגבי איסורא שייך לומר קולא נמצא דרב פפא סובר אף דאיכא דקפדי בכל זאת דרכם להעמיד כו' · ומשו"ה מיקרי דש ביה ולכן סברי רבנן דאסור אף לכנוס משום דחיישינן שמא יעמיד בה תנור כו' נמצא דלפ"ז דנוכל לומר דויתור מותר במודר הנאה והא דאסרי אף לכנוס משום דחיישינן שמא יעמוד בה תנור כו' ובהעמדת תנור לא מיקרי ויתור דאיכא אנשים דקפדי · וראב"י דמתיר לכנוס משום דלא חיים שמא יעמוד בה דדוקא גבי אחד מהם אם היה מודר הנאה חיישינן אבל גבי שנים שמודרו בהנאה זה מזה לא חיישינן כמבואר בר"ן שם הטעם וכן הסתם מתניתין דאסורין בדברים של אותו העיר וכן רבי יהודא ג"כ סובר דויתור מותר והא דאסרי אף דהם לא שייך להעמיד תנור ורחיים כו' דלאו דוקא אלו אסורין אלא ה"ה בשאר תשמישים גדולים כיו"ב אסורין כמבואר ביום של שלמה פרק הפרה בפרק רביעי שלו בדיני ברירה אות כ"ז · והא דפרט המשנה הני · כדי שיוכלו ללמוד מהם מה נקרא תשמישים גדולים ושאר תשמישים גדולים שייך גם ברחבה ובבית המרחץ וכו' ומפני זה הוצרך רבא לאוקמי הסתם משנה דמגילה דויתור אסור כרבי אליעזר ולא מצי לאוקמיה כרבי יהודא כנ"ל אבל זאת צ"ל גם לרבא דהא דראב"י מתיר לכנוס לחצר לאו דוקא לכנוס אלא ה"ה אף להשתמש בחצר תשמישים קטנים ג"כ שרי ראב"י דאל"כ הוה להמשנה לומר אבל להשתמש אסור ולמה האריך המשנה ופרט שמניחם אסורין להעמיד רחיים ותנור ולגדל תרנגולים אלא ודאי דתשמישים קטנים מותרים ולכן פרט דדוקא הני אסורין ולהורות לנו שבשאר התשמישים גדולים כיו"ב ג"כ אסורין · ונוכל לומר לפ"ז דאף רבנן סוברים דתשמישים קטנים מותר ומפני מה מותר התשמישים קטנים אלא ע"כ משום דאמרינן ברירה ורבא סובר בקדושין בהדיא דאין ברירה כדהבאתי לעיל אע"כ צריכין אנו לומר דהך ברירה דנדרים הוא תולה בדעת אחרים כמ"ש לעיל לכן אמרינן יש ברירה אבל בתולה בדעת עצמו סובר רבא דלא אמרינן ברירה ואזדא רבא לשיטתיה כמו שסובר ברים זבחים הנ"ל דבתולה בדעת אחרים אמרינן יש ברירה :

פרח ח אות ג

גם נ"ל להוכיח ממקום אחר דרבא מחלק בין תולה בדעת אחרים לתולה בדעת עצמו דאיתא בסוטה (דף י"ח ע"א) בעי רבא כתב ב' מגילות לשתי סוטות ומחקן לתוך כוס אחד מהו כתיבה לשמה בעינן והאיכא או דילמא בעינן נמי מחיקה לשמה כו' עכ"ל הגמרא והנה שם (בדף כ' ע"ב) איכא פלוגתא דתנאי אם מוחקים פרשת סוטה מן התורה לסוטה דאיתא בש תניא רבי יהודא אומר אומרי היה ר' מאיר לכל מטילין קנקנתוס לתוך הדיו חוץ מפרשת סוטה בלבד ופירוש רש"י שם אפילו בס"ת רבי יעקב אומר משמו חוץ וכו' מאי ביניהו כו' נמחק לה מן התורה איכא בינייהו והני תנאי כהני תנאי דתניא אין מגלתה כשירה להשקות בה סוטה אחרת רבי אחי ב"ר יאשיה אומר מגלתה כשירה להשקות סוטה אחרת כו' אמרי התם וכתב לה אמר רחמנא בעינן כתיבה לשמה הכא נמי ועשה לה אמר רחמנא מאי עשיה מחיקה כו' עכ"ל הגמרא ורבא דסובר דבעינן כתיבה לשמה לא פסק כר' אחי ב"ר יאשיה דלר' אחי ב"ר יאשיה ועשה לה אמחיקה קאי ולא אכתיבה אלא פסק כהנך תנאי דפליגי על ר' אחי ב"ר יאשיה ורבא סובר כהנך תנאי דסוברים דועשה לה אכתיבה קאי [ולא זכיתי להבין דברי התוס' שכתבו שם בד"ה אבל תורה דסתמא כתיבי שכתבו שם דגם הנך תנאים דפליגי על רבי אחא ב"ר יאשיה סוברים דועשה לה אמחיקה קאי ולא אכתיבה עיי"ש שכן מבואר בדבריהם שם להדיא · א"כ רבא דפשיטא ליה דועשה לה אכתיבה ודאי קאי כמאן פסק · וזה דוחק גדול לומר דפליגי רבא ורב פפא דלרבא ועשה לה אכתיבה קאי אליבי' דת"ק ולרב פפא גם לת"ק ועשו לה אמחיקה קאי דכיון דיש לי' לבעל התוספות תירוץ מספיק אף אם לא יאמר דפליגי רבא ורב פפא בזה למה כתבו · אי נמי שלפי זה התוס' יחלק רבא עם רב פפא הי' להם לבחור רק התירוץ הראשון] · ויען כי אנכי עוסק לתרץ דברי הרמב"ם אומר אני · דהיה קשה להרמב"ם כמאן פסק רבא · וניחא ליה דהתנאי דפליגי על רבי אחי ברבי יאשיה סוברים דועשה לה אכתיבה ודאי קאי · ואף דס"ל להנך תנאי לרבא דועשה אכתיבה ודאי קאי · מ"מ הם סוברים דאם נכתב פרשת סוטה בסתם כשירה דרבי יהודא משום ר' מאיר ודאי סובר דאם נכתב בסתמא כשר כיון דס"ל דמוחקין לה אף מן התורה מכ"ש אם נכתב בסתמא שהכין הסופר מגילה אולי יצטרך איזה סוטה להשקות דכשר ואפילו לרבי יעקב דאומר

משמו

משמו דאין מוחקין לה מן התורה מ"מ אם נכתב פרשת סוטה בסתמא שהכין הסופר · סובר כרבי יהודה דכשר · דע"כ לא פליגי אלא דפוסל אם נמחק לה מן התורה משום דלהתלמד כתיבי והחילוק זה מבואר שם בגמרא · וכלל בידינו לאפושי פלוגתא לא מפשינן · ושת"ק דרבי אחי ב"ר יאשיה ג"כ סובר דאם נכתב בסתמא כשר · דע"כ לא פליג אלא אם כתב מגילה להשקות בה סוטה אחרת בהא ס"ל דפסול המגילה משום דאינתיקי לשם רחל לא הדרא מינתיקי לשם לאה וגם החילוק הזה מבואר שם בגמרא · אבל אם כתב הסופר מגילה לשם סוטה בסתם שהכין אולי יזדמן לאיזו סוטה להשקותה שיהיה מוכן ס"ל דכשר ורבי אחא ב"ר יאשיה פשיטא דסובר דאם נכתב בסתמא כשר כיון דסובר דועשה לה אמחיקה קאי ולא אכתיבה · נמצא לפ"ז דכולם סוברים דאם נכתב פרשת סוטה בסתמא כשר ובודאי ס"ל לרבא כן דא"כ לא יפסוק כשום תנא מהנך תנאי · ואעפ"כ סובר דועשה לה אכתיבה ודאי קאי · ומה שמכשרינן אם כתב הסופר מגילה בסתם היינו דוקא שאומר בשעה שכותב שיהיה לשם אותה סוטה שיבא בעלה לקנות מאתו להשקות אותה · אבל בלא זה פסולה לפי דעת הרמב"ם פרק שני מהלכות פסולי המוקדשין הלכה ד' נתערב וכו' נתערבו קדשים בקדשים מין במינו זה יקריב לשם בעליו · וזה יקריב לשם בעליו · וכפירוש רש"י ריש פרק כל הזבחים · ואם כפירוש התוס' שם וכן פירוש הרמב"ם בפירוש המשניות להרמב"ם שם ואע"ג דאמרינן ריש זבחים דסתמן לשמן קאי היינו לענין שלא יהיה שנוי קודש דלא אמרינן דאם שחט חטאת סתם יהיה הדין כאילו שחטו לשם עולה ותהיה פסולה אלא אמרינן אם שחטו סתם הוה כאילו שחטו בפירוש לשם חטאת כיון שהוברר הדבר מתחילה ונפרש לשם חטאת אמרינן מסתמא שחטה לשם חטאת אבל היכי דנתערבו קדשים מין במינו כיון שנתערבו הקדשים נעקרו שם הבעלים מהזבח ונתבטלו מה שהיה מתחילה נתברר שהיה הזבח של ראובן כיון דנתערבו : לכן לא אמרינן היכי דנתערבו דמסתמא נשחט לשם בעליו הראשון לכן בעי הרמב"ם שיאמר בשעה ששחט כל זבח וזבח ששוחט לשם בעליו ואם לא אמר כן הוה שינוי בעלים · וא"כ מכש"כ הכא גבי סוטה אם לא אמר הסופר בעת כתיבת המגילה שהוא כותב לשם אותה סוטה שבעלה רוצה להשקותה ולקנות ממנו המגילה הזאת פסולה המגילה דהוה כאילו נכתב לשם סוטה אחרת לפי דברי רש"י והרמב"ם הנ"ל · וכיון דרבא סובר דועשה לה אכתיבה קאי ואעפ"כ כשר אם נכתב בסתמא לפי דברי הרמב"ם ורש"י איננה כשירה אלא באופן שכתבתי · וא"כ תלוי הדבר בברירה אם אמרינן יש ברירה בתולה בדעת אחרים כשירה המגילה ואי לא אמרינן ברירה פסולה המגילה · ואף שכתבו התוס' בסוטה (דף כ' ע"א) ד"ה אמר ר' ירמיה כו' דלרבא מיירי שקודם שכתב הסופר את הפרשת סוטה קיבלה עליה שבועה מה שמשביעה הכהן אותה ולהכי כתבו התוס' (בדף כ') · אבל לגבי סוטה אמרינן שמסתמא להשקות עומדת כדאמרינן גבי זבחים · כיון שכתב הסופר לאחר שזינתה וזה כונת התוס' בד"ה אבל · דאל"כ אין הבנה לדבריהם מה שכתבו שסתמא להשקותה עומדת · נמצא דלפי מה שכתבו התוס' סתם סוטה להשקות עומדת אפשר דלכאורה נוכל לומר דלא בעינן שיאמר הסופר בעת כתיבת המגילה שכותב לאותה סוטה שבעלה רוצה להשקותה ולקנות מאתו · מ"מ לדעת רש"י והרמב"ם הנ"ל בודאי בעינן שיכתוב באופן שכתבתי דהכא כיון שלא הוברר ולא הופרש מתחילה שהמגילה נכתבה ללאה לא אמרינן שסתמא נכתבה לשם לאה כדכתבו רש"י והרמב"ם גבי קדשים דהתם נמי סתמא לשמן קאי ואעפ"כ כתב הרמב"ם אבל וכו' וגם אף הכותב את המגילה לאחר שזינתה מ"מ לא אמרינן שמסתמא ישקו אותה באותה המגילה כמ"ש התוס' בריש זבחים ד"ה דהתם אשה לאו לגירושין עומדת אפילו אם זינתה תחת בעלה מ"מ לאו להתגרש בגט זה עומדת כו' עיי"ש · לפ"ז בודאי בעינן שיאמר הסופר בעת כתיבת המגילה כפי מה שכתבתי א"כ תלוי הדבר בברירה אי אמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים ה"נ כשירה המגילה ואי לא אמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים פסולה המגילה כיון דאין ברירה הוה כאילו כתב לשם לאה ואינתיק לשם רחל כמ"ש רש"י בזבחים (דף ג' ע"א) בד"ה אין ברירה · וגרוע מסתמא דבשעה שנכתב לא היה בדעתו של בעל לזו ואינתיק לשם אחרת · וזאת לא נוכל לומר דרבא סובר דאף דאם כתב לשם לאה כשר להשקותה לרחל דזה בודאי לא אמרינן דע"כ לא מכשיר ר' אחא ב"ר יאשיה בזה האופן אלא משום דס"ל דועשה לה אמחיקה קאי אבל אם היה סובר דועשה לה אכתיבה קאי בודאי לא היה סובר כן כמבואר בגמרא שם בהדיא (דף כ' ע"ב) · וא"כ רבא דסובר דועשה לה אכתיבה ודאי קאי ע"כ סובר דאם אינתיק המגילה לשם רחל פסולה להשקות ללאה · וא"כ לפ"ז ע"כ סובר רבא דאמרינן יש ברירה בתולה בדעת אחרים ורבא סובר בקדושין שהבאתי לעיל דאין ברירה אלא ע"כ מחלק רבא בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים · והא דקדושין בתולה בדעת עצמו · והא דאמר רבא בגיטין (דף כ"ה ע"א) אמר רבא מאי קושיא דילמא מאן דאית ליה ברירה ל"ש תולה בדעת עצמו ולא שנא בתולה בדעת אחרים אית ליה ברירה ומאן דלית ליה ברירה לא שנא תולה בדעת עצמו לא שנא תולה בדעת אחרים לית ליה ברירה וכו' עד כאן לשון הגמרא שם לכאורה משמע משם דרבא לא מחלק וכיון דרבא סובר בקדושין דלא אמרינן ברירה וא"כ גם בתולה בדעת אחרים לית ליה ברירה · אבל נראה לי דרבא ודאי מחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים דהוכחה שכתבתי באחרונה · נלפענ"ד שהוכחה נכונה היא וגם בריש זבחים ג"כ מוכח לפענ"ד בטוב שרבא מחלק · והא דאמר רבא ומאי קושיא דילמא כו' אין כונתו לומר דאין חילוק דא"כ לפ"ז מאי לשון דילמא כיון שסברא פשוטה הוא שלא לחלק · ואף אם תאמר דמספקי ליה אי יש חילוק אי לא למה אמר ומאי קושיא דהלשון ומאי קושיא מורה שבודאי יש חילוק לכן מתמה עליו · אלא ודאי דרבא בעצמו סובר לחלק בברירה בין תולה בדעת עצמו דלא אמרינן ברירה לתולה בדעת אחרים דאמרי' יש ברירה כדהוכחתי לעיל שרבא סובר דתולה בדע' אחרים יש ברירה · רק דרבא מתמה בגיטין שם על אביי דלא נוכל להקשות על מאן דלא מחלק דזה לא מיקרי קושיא · אבל באמת סובר ג"כ דיש חילוק בתולה בדעת אחרים דאמרינן ברירה · וגם אביי סובר בגיטין שם לחלק והחולקים עליהם הוא רב הושעיא ורב יהודה בגיטין שם · ורבי יוחנן לפי דעת התוספות · ופסק הרמב"ם כהסוברים דיש חילוק בין תולה בדעת אחרים כו' חדא דהם רבים כנגד החולקים · שנית באביי ורבא ורב משרשיא ורבינא המה בתראי והמה סוברים דיש חילוק וכיון דאמרינן דיש חילוק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים א"כ לא מוכח מרבי יוסי שיסבור שבדבר העומד להתברר אמרינן יש ברירה כדכתבו התוס' בעצמם בגיטין (דף כ"ה ע"ב) ד"ה רבי יהודה ורבי יוסי ורבי שמעון אוסרין וכו' וז"ל למאן דמחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים ניחא · פירוש · דלא קשה דרבי יוסי אדרבי יוסי וא"כ לא מוכח דסובר רבי יוסי דאמרינן יש ברירה בדבר העומד להתברר עיי"ש בתוספות · וכבר כתבתי לעיל דרבי יהודה סובר שאין חילוק בין דבר העומד להתברר · וגם בזה לא אמרינן ברירה · ולא מלינו שום תנא שחולק עליו לפי מאי דאמרינן השתא דבתולה בדעת אחרים אמרינן ברירה · וכתבתי זאת בפרח הקודם באריכות ולקחתי זאת הראיה מדברי בעל המלך (פרק שמיני מהלכות עירובין הלכה ז') · ולפי זה ניחא מה בפסק הרמב"ם דמקודשת לכולם מספק אף לראשון דכיון שכבר כתבתי לעיל שזה תלוי בברירה אי אמרינן ברירה בדבר שעומד להתברר כדסובר רבי יוחנן ומפני זה אמר דקדושי מאה תופסין בה בודאי אבל הרמב"ם בפוסק כרב וכרב יוסף וכאביי ורבא ורבינא ורב משרשיא שכן סוברים דגם בדבר שעומד להתברר ג"כ יש ספק אי אמרינן ברירה או לא כמו בדבר שאינו עומד להתברר דכיון דסוברים

דאמרינן

דאמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים כדכתבתי לעיל ומשום זה פסק דספק מקודשת לכולם אף לראשון · ומיושבים דברי הרמב"ם בדרך נכון :

פרח ט אות א

והנה מה שתירצתי דברי הרמב"ם מה שלא פסק כר' יוחנן הוא דרך נכון לפענ"ד · אבל מה שתירצתי דברי הרמב"ם (פרק שביעי מהל' אישות ה"ל ע"ז) דאם קידשה חציה שפחה וחציה בת חורין ובא אחר וקידשה לאחר שנשתחררה הרי זה מקודשת לשניהם מספק · שוב עיינתי דלפי דברי הרמב"ם שפסק (בפרק שלישי מהל' איסורי ביאה הלכה י"ג) שפחה חרופה האמורה בתורה הוא שחציה שפחה וחציה בת חורין ומקודשת לעבד עברי (בימים הקדמונים) שנאמר לא יומתו כי לא חופשה הא אם נשתחררה כולה היו חייבין עליה מיתת ב"ד שהרי נעשית אשת איש גמורה כמו שבארנו בהל' אישות עכ"ל קשה דברי הרמב"ם אהדדי שבהלכות אישות פסק שמקודשת לשניהם מספק דמשמע דלא הוה רק לראשון ספק קידושין בכולה גופה א"כ למה היו חייבין עליה מיתת ב"ד בהכלל בידינו בספק נפשות להקל כדאיתא בסוף פרק בתרא דכתובות ויותר קשה שסיים בסוף דבריו כמו שביארנו בהלכות אישות ורמז להלכה זו ולהלכה שלאחריו שם · ושם כתב דלא הוה רק ספק קידושין · ולפי דברי שכתבתי טעמא של הרמב"ם בהל' אישות מפני מה פסק שהוא ספק מפני שתלה זה בדין ברירה · ואי אמרינן ברירה אי לא בדבר שהוא דאורייתא יש ספק כמו שפסק בהלכות גירושין (בפרק שלישי הלכה ב') עיי"ש בהרב המגיד ובר"ן ריש פרק כל הגט ולפ"ז אם תלה אי גמרי קדושי ראשון בברירה כמו שכתבתי אפילו אם לא בא אחר וקידשה ג"כ יש ספק אי גמרי קדושי ראשון או לא כיון שמצריכין לדין ברירה · א"כ קשה למה כתב שהבא עליה לאחר שנשתחררה היו חייבין עליה מיתת ב"ד · לכן נראה לפענ"ד בהך דינא אם קידשה חציה שפחה וחציה בת חורין ולאחר שנשתחררה בא אחר וקידשה יכול להיות דגמרה קידושין של ראשון ואינה מקודשת לשני אפילו אי אמרינן ברירה דבכל מקום דאמרינן ברירה היינו שני לוגין שאני עתיד להפריש · ואחין ותביעות שחלקו · וכגון לאיזה שתרצה אגרש וכגון לאיזו שתצא מפתח תחילה · וכגון שירצה אבא · וכגון שמניח עירובו אם חכם למזרח או שאר ברירות כדומה · בעת שעושה הפעולה דהיינו הגט בעת כתיבתו שצריכין לכתוב לשמה ובעת הפרשת תרומה שהוא עושה מיד ועושה הפעולה מיד קודם שיפרים התרומה והמעשר למחר · או הקניית עירוב שהוא בבין השמשות או הקידושין שהוא חל בשעת קבלת הקידושין בשעת הפעולה אין אנו יודעים איך יהיה · היינו כגון הגט אין אנו יודעים בשעת כתיבתו מה שירצה לגרש אח"כ או איזה שתצא מפתח תחילה רק אחר זמן אנו יודעים · ואמרינן הוברר הדבר שבשעת כתיבתו ג"כ היה דעתו על האשה הזאת · וכן בעת הפרשת תרומה בשעה שעושה אין אנו יודעים איזו שני לוגין התרומה · רק לאחר שבאה לאחר זמן כשיפריש אנו אומרים הוברר הדבר שבעת שעשה השני לוגים הללו בזה התרומה הוא שמפריש כעת · וכן קניית עירוב בשעה שחל קניית עירוב · אין אנו יודעים לאיזו רוח תיקנו ליה העירוב רק למחר כשבא חכם אנו יודעים הרוח שקנה ליה עירוב וכן גבי קדושין בשעת קבלת הקדושין אין אנו יודעים אם ירצה אבא אי לא רק אח"כ כשרצה אביה אמרינן הוברר הדבר כי בשעת קבלת הקדושין ג"כ רצה אבא · דוק ותשכח בכל המקומות ותמצא שכן הוא אבל הכא קודם שנשתחררה אנו יודעים בודאי שהחציה של בת חורין היא מקודשת בודאי · והחציה דשפחה אינה מקודשת כלל ולאחר שנשתחררה ג"כ אנו יכולים לידע אם רצתה שתתפשט הקדושין בכולה גופה וגמרה קידושיה או שאינה מתרצה שתתפשט הקדושין בכולה גופה ופקעי קידושיה כדכתבתי לעיל שזה טעמם וא"כ לא יש לנו זמן מה שנהיה מסופקים

אם רצונה שתתפשט הקדושין או לא ויוברר הדבר אחר כך שהיה מוכרחים אנו לומר שהוברר לאחר זמן שמתחילתו היה כך אלא תיכף לאחר השיחרור יכולים לידע אם גמרה קידושיה או לא · ואם כן לא תליא בברירה · ואף שכתבתי לעיל שבשעת קבלת הקדושין קודם שנשתחררה החציה דשפחה צריכין אנו לידע אם תתפשט הקדושין או לא כמו שכתבתי לעיל וא"כ יש זמן שמוכרחים אנו להסתפק אם תתפשט הקדושין אם לא שגם היא אינה יודעת קודם השיחרור מה שיהיה ברצונה אחר השיחרור וקרוב לסברא זאת כתב הרשב"א בחידושיו בקדושין (דף ס"ב ע"ב) עיין שם · ולאחר שנשתחררה אמרינן הוברר הדבר שגם בעת הקדושין היה רצונה לזה · בכל זאת לא דמי לשאר ברירות דהתם כל הפעולה שהוא עושה כעת כגון שאומר שני לוגין שאני עתיד להפריש או שמניח עירוב או כדומה לזה אין אנו יודעים שעת האיך יהיה בסופה רק לאחר זמן צריכין לומר הוברר הדבר · אבל הכא אף שלחצי הפעולה שהוא עושה כעת · היינו שנתן כח בקדושין להתפשט לאחר שתשתחרר · צריכין אנו לומר הוברר הדבר כמו שכתבתי · אבל להחציה השניה של הפעולה שהיא עושה כעת היינו לאחר שהשתחררה ממילא פשטה הקדושין מהכח שנתן בהקדושין שקידשה קודם שנשתחררה כולה לצד חציה · ואין אנו צריכין לומר הוברר · שתיכף כשנשתחררה אנו יודעים האיך רצונה אם תתפשט הקדושין או לא וכיון שאין אנו צריכין לומר הוברר על כל הפעולה שהוא עושה השתא רק על חציה לא אמרינן ברירה · וכעין חילוק זה כתב הר"ן ריש פרק השותפין · וגם לא דמי להך דרבי יוחנן דשם כתבנו דהא דמקודשת קודשת ואין לר' יוחנן הוא משום דאית ליה יש ברירה בעומד להתברר ולרמב"ם מקודשת מספק משום דסובר דיש ספק אי אמרינן ברירה בה"ג אי לא · וטעמא כתבתי לעיל דהכא מצריכין שפיר לומר מטעם דיש ברירה אף דרבי יוחנן ס"ל דהקדושין מתחלת מעכשיו וגומרת לאחר שלשים כמבואר בתוס' בכמה מקומות ואחד מהם (בקדושין דף ס"ג) ד"ה כגון עיי"ש ובתשובת הרשב"א סימן תש"ז ובדברי הריטב"א שם שהבאתי לעיל נמצא בשעת שגומרת הקדושין דהיינו כשכלה השלשים יום תיכף ידעינן אם מקודשת או לא הגם בשעה שהתחילה הקדושין אין אנו יודעים והוצרכנו לומר מטעם ברירה מ"מ בשעה שגומרת הקדושין אין אנו צריכין לטעם ברירה · ולכאורה דמי כמו הך דחציה שפחה וחציה בת חורין כמו שכתבתי שם שאין אנו צריכין לומר הטעם דיש ברירה · אך נלפע"ד דיש חילוק ביניהם דבשלמא בחציה שפחה וחציה בת חורין אין לנו זמן שיסתפק לנו אם היא מקודשת או לא שקודם שנשתחררה החצי דבת חורין בודאי נתקדשה · והך חציה דשפחה בודאי לא נתקדשה · ולאחר שנשתחררה תיכף אנו יכולים לידע אם רצונה שתתפשט הקדושין תהא מקודשת כולה · ואם לא תהיה רצונה שתתפשט הקדושין אינה מקודשת · הלכך אין לנו שום זמן שאנו מוכרחים להסתפק אם היא מקודשת או לא ולאחר זמן יבורר לנו אם תהיה מקודשת אי לא אי אמרינן ברירה · אבל בהך דרבי יוחנן מתחילת הקדושין עד שיכלה השלשים יום מסופקים אנחנו אם היא מקודשת או לא דאם יבא אחר ויקדשה בתוך שלשים יום וברירה לא אמרינן נמצא דמקודשת לשני ולא לראשון כלל דלא נוכל לומר דגם מקודשת לראשון דרווחא שבק הך לחבריה כיון דלא אמרינן ברירה נמצא שלא חל קידושי ראשון על הך רווחא ששבק באשה לחבריה אף אם לא בא אחר וקידשה משום דאין ברירה ולפ"ז ג"כ לא חל הקדושי ראשון אף על הך דלא שבק לחבריה משום דיש שיור בקידושין נמצא לפ"ז אם לא אמרינן ברירה אינה מקודשת כלל לראשון · רק אם היינו אומרים ברירה אם לא יבא אחר ויקדשה בתוך שלשים יום ואמרינן הוברר הדבר שגם בשעת קדושין לא יבא אחר ויקדשה נמצא מקודשת לראשון ומתי יודעים זאת לאחר שלשים יום · אמרינן הוברר הדבר שגם בשעת קדושין לא יבא אחר ויקדשה אבל בתוך השלשים יום

אנו מסופקים אם תהיה מקודשת או לא · וכן אם יבוא אחר ויקדשה בתוך שלשים יום אי אמרינן ברירה כהאי דעומד להתברר כשיכלה השלשים יום אמרינן ג"כ הוברר הדבר דבשעת קידושין שיבא אחר ויקדשה ותהיה מקודשת לראשון משום דלא חשיב שיור בקדושין דשייר להו בקדושין רק לזמן היינו על שלשים יום ולא מיקרי שיור כמ"ש לעיל בשם הריטב"א ומקודשת גם לשני כיון דספק רווחא חד לחבריה כסברת רבי יוחנן והוה כמו שאר ברירות דעלמא שעומדים להתברר ואין חילוק ביניהם כלל וכלל אפילו כמלא נימא · ולפ"ז רבי יוחנן דסובר דאמרינן ברירה כשעומד להתברר והכא עומד להתברר כשיכלה השלשים יום ידעינן תיכף אם קידושי ראשון אי לא ולכן סובר דמקודשת קדושין ודאין אפילו למאה וה אינו אומר דילמא תמות האשה בתוך שלשים יום · וזה שכיח יותר משקיעת הנוד כדאיתא בסוכה (דף כ"ד ע"א) אמר לך ר' מאיר מיתה שכיחא בקיעת הנוד לא שכיחא אפשר דמסר ליה לשומר וגם רבי יהודה לא פליג עליה בזה הסברה כמבואר שם להדיא עי"ש וכולם כתבו דהך דתרומה לא מיקרי עומד לברר משום דילמא לא יבא לידי הפרשה וכונתם דילמא לא יבא לידי הפרשה משום שמא יבקע הנוד מכל מקום לא נוכל לומר דלא מיקרי עומד להתברר משום שמא תמות האשה דאף אם תמות האשה יתברר שהיתה מקודשת לראשון מה שלא שייר · ושיור בקדושין לא הוה משום דהשיור הוא רק לזמן עד שלשים יום כדלעיל · היוצא מדברינו דהרמב"ם שפסק דלא כרבי יוחנן מה שישבתי אותו הוא תירוץ נכון וקמה וגם נצבה · אך התירוץ שישבתי את דברי הרמב"ם בחציה שפחה וחציה בת חורין לא נוכל לתרץ כן שיהיה דברי הרמב"ם קשין אהדדי ומוכרחין אנו לומר שבהך חציה שפחה וחציה בת חורין ואח"כ נשתחררה לא שייכה לברירה ולפי זה נשאר לנו הקושיא מה שהקשו על הרמב"ם איך כתב בתחלה כשנשתחררה גמרה הקדושין ותיכף ומיד כתב אם בא אחר וקידשה קדושי שניהם ספק והבאתי לעיל לשון הרמב"ם עי"ש ומשם תדרשנו לטובה :

פרח ט אות ב

ועיין בהשגות הראב"ד בהלכה ט"ז בפרק ד' מהלכות אישות ובהרב המגיד שם ובשאר נושאי כליו מה שהקשו על הרמב"ם דלפי דברי הרמב"ם נראה שפוסק כמ"ד גמרי קדושין כדאיתא בגיטין (בדף מ"ג ע"ב) למה פסק דספק מקודשת לשניהם · ונראה לפי עניות דעתי דהך אחרת אשר יאמר כי הוא זה · דאיתא בחולין (דף ל"ט ע"ב) תניא כותיה דר' יוחנן השוחט את הבהמה וכו' שחטה ואח"כ חישב עליה (פירוש רש"י על זה לזרוק דמה או להקטיר חלבה לעכו"ם) זה היה מעשה בקיסרי ולא אמרו בה לא איסור ולא היתר אמר רב חסדא וכו' עי"ש · וכן פסק הרמב"ם (בפרק שני מה"ל שחיטה הלכה ט"ו) ומבואר בגמרא שם משום דמספקא לן אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו נמצא ששחטה ג"כ לעכו"ם ואסורה הבהמה או לא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו נמצא בשעה ששחט לא הוה כוונתו לעכו"ם ומאי איכפת לן שחשב אח"כ לזרוק דמה לעכו"ם וכשירה הבהמה · וכיון דמספקא לן אי מוכיח סופו על תחילתו או לא לכן אסרינהו מספק וכמו כן בחציה שפחה ודבת חורין אם לא בא אחר וקידשה לאחר שנשתחררה אמרינן מסתמא עומדת על דעת הראשונה כדאיתא בריש זבחים ובכמה מקומות ונתפשטה הקידושין בכולה וגמרה קידושיה ולכן פסק הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה שאם בא עליה אחר חייב עליה מיתה וסיים בסוף דבריו כמו שבארנו בהלכות אישות דשם כתב לאחר שנשתחררה גמרה קידושיה ואח"כ כתב בהל' אישות שאם בא אחר וקידשה הרי זו מקודשת לשניהם מספק והיינו טעמא אף אם לא בא אחר וקידשה גמרה קידושיה · אבל אם בא אחר וקידשה הוכיח סופה שקיבלה קידושין שלא היתה רצונה לאחר שנשתחררה שתתפשט הקידושין · וזה ספק אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו או לא לכן פסק דספק מקודשת · ואם תיקשי לך הא אמרינן בכתובות (דף יא ע"א) וז"ל הגמרא שם לכי גדלה נמי ממחייא ונפקא כיון שהגדילה שעה אחת ולא מיחתה שוב אינה יכולה למחות וה"נ כיון שמיד שנשתחררה ולא מיחתה בקדושין שוב אינה יכולה למחות · ויש לומר לפי מה שכתב הר"ן בכתובות שם בד"ה גרסינן בגמרא אמר רב הונא גר קטן וכו' וז"ל אי נמי דכי אמרינן כיון שהגדילה שעה אחת ולא מיחתה שוב אינה יכולה למחות היינו שהגדילה בדת משה ויהודה · נמצא דלפ"ז מה שלא מיחתה אינה ראיה · רק אמרינן שמסתמא על דעת ראשונה היא עומדת ונתרצית בקדושין ונתפשטה הקדושין וגמרה הקידושין בכל גופי' · וזה הדין הוא כשלא בא אחר וקידשה · אבל אם בא אחר וקידשה יש ספק אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו או לא · ואי תיקשי לך הלא התם יש תרתי לריעותא חדא דיש חזקה בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת · ושנית דיש חזקה דהשתא שחשב אח"כ לזרוק דמה לעכו"ם לכן הוה ספק ובגמרא איתא בסתימות שהוא ספק ולא אמר שהוא ספק איסורא הנאה לפ"ז חזקת איסור אבר מן החי לפירוש רש"י או חזקת אינה זביחה לפירוש התוס' · בביצה (דף כ"ה) ובכמה מקומות מסייעת להחזקה דהשתא אבל הכא לא יש שום חזקה המסייעת לסופה · ויש לתרץ דלא על דברינו קשיא הלא גם על הגמרא קשה קושיא זאת כיון דיש תרתי לריעותא הלא מבואר בקדושין (דף ע"ט) מקוה שנמדד ונמצא חסר כל טהרות שנעשה על גבי' בין ברשות היחיד ובין ברשות הרבים טמאות שאני התם דאיכא למימר העמיד טמא על חזקתו ואימא לא טבל אדרבה העמיד מקוה על חזקתו ואימא לא חסר הרי חסר לפניך ה"נ הרי בוגרת לפניך שמא הוא דבגרה התם נמי שמא הוא דחסר התם תרתי לריעותא הכא חדא לריעותא עכ"ל הגמרא · וכיון דשורפין עליה בין ברה"י ובין ברה"ר מחמת שאמרינן כיון דיש תרתי לריעותא הוי כודאי טמא וכיון דהכא יש תרתי לריעותא חדא בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת שנית שחזקה דהשתא שחשב אח"כ לזרוק דמה לעכו"ם ונמצא שהוא מומר ואסר הבהמה הגם דחזקת איסור אבר מן החי הוא רק לאוסרה באכילה וא"כ איך נוכל לומר שמסייעת להחזקה דהשתא שבהך חזקה דהשתא אסורה הבהמה בהנאה הלא בגמרא איתא שם רק שאסרוהו ולא מבואר שם אם אסרוהו בהנאה · א"כ עכ"פ לאוסרה באכילה יש שתי חזקות נגד חזקת כשרות שהיה ליה לשוחט חזקת כשרות שמחמת חזקה זו יש לומר שבשעת ששחטה לא חשב לעכו"ם · והוה להו לאוסרה באכילה בודאי וגם בלא"ה אין סברה כלל לומר מחמת שאין החזקות שות לא מצרפינן אף לקל שבשניהם · ואם תרצה לתרץ זאת דהגמרא מיירי אם לאוסרה בהנאה או לא על זה יש ספק · ולענין לאוסרה בהנאה אי לא ליכא תרתי לריעותא אבל באכילה אסורה בודאי משום דיש תרתי לריעותא · הא רבינו ירוחם ס"ל דמותרת בהנאה והספק הוא אם הוא אסור באכילה כמבואר בט"ז ביו"ד (סימן ד' סק"ב) וכן דעת מהרש"ל ומשמע שכן סובר הט"ז וכן דעת הש"ך שם בס"ק ב' נמצא יהיה קשה עלייהו ג"כ כיון דלאוסרה באכילה יש תרתי לריעותא ולמה לא אסרי לה בודאי כדמשמע מכל האחרונים דכל היכא שיש תרתי לריעותא אסור בודאי (עיין בסימן א' בט"ז ס"ק ה' ובש"ך ס"ק ה'). וראיתי בחידושי ר' עקיבא בסימן ד' באות א' וז"ל · לענ"ד יש ליישב כוונת הרי"ו דבודאי מהראוי לומר דלא הוכיח סופו על תחילתו כיון דיש לזה חזקת צדקת י"ל דעתה כשחישב לע"א נעשה רשע ולא מקודם · אלא דהטעם דהוי ב' לריעותא כמו במקוה דהרי רשע לפניך · וחזקת איסור דבהמה · ואף אם מחלקים דדוקא במקוה דחסר ואתאי · מ"מ י"ל דהא דהוכיח סופו על תחילתו אלים כ"כ להוציא מחזקת צדקת דאתרע טובא באותו ענין דהכשר בהמה זו · זהו רק בצירוף דאיכא נגד חזקת צדקות חזקת איסור דבהמה וכו' אח"כ ראיתי שכ"כ בכו"פ וכו' עכ"ל · ולפי דברי הגאון הנ"ל דהכא לא שייך הסברה דחסר ואתאי דאמרינן במקוה דמשום זה הוי תרתי לריעותא אבל הכא לא

שייך

ביך לומר הרשיע מעט מעט עד שנעשה מומר לכן לא אמרינן בה תרתי לריעותא לעשותה כודאי נבילה לכה"פ · וא"כ על הגמרא אין שום קושיא · אך על דברינו שאנו מתרצים דברי הרמב"ם מהלכות אישות הנ"ל שפסק גבי חציה שפחה וחציה בת חורין המאורסת לעבד עברי ולאחר שנשתחררה בא אחר וקידשה שספק מקודשת לשניהם וכתבתי לעיל דמשו"ה הוה ספק מקודשת משום דיש ספק אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו כנ"ל באריכות · ולקח הרמב"ם זאת דיש ספק מדאמרינן שחט וא"כ חשב לזרוק דספק אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו לפי דברי הגאון הנ"ל אין דמיונם שוה · דגבי שחט וא"כ חשב לזרוק כו' אמרינן הוכיח סופו על תחילתו משום דיש חזקת איסור דבהמה המסייעת לכך חזקה דהרי רשע לפניך לכן אמרינן בה הוכיח סופו על תחילתו כמבואר בדברי הגאון הנ"ל · אבל גבי חציה שפחה וחציה בת חורין אין שום חזקה שיהיה מסייעת על החציה דשפחה · שהחציה דבת חורין היתה מקודשת עד כעת שנשתחררה וכשנשתחררה עד שלא בא אחר וקידשה אמרינן שהיא מקודשת כולה בודאי · דאל"כ לא היה חייב עליה מיתת ב"ד כו' דאם היתה מקודשת רק חציה אין חייב מיתת ב"ד כמ"ש לעיל כדפסק הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה (פרק שלישי ה"ל י"ג) בחציה שפחה וחציה בת חורין המאורסת לעבד עברי אם נשתחררה כולה היו חייבין עליה מיתת ב"ד כו' והבאתיו לעיל נמצא לפ"ז תיכף כשנשתחררה הרי היא כאשת איש לכל הדברים בודאי מדמחייבין עליה א"כ לא מבעיא שאין שום חזקה המסייעת שאמרינן הוכיח סופו על תחילתו אלא אדרבה יש חזקה המתנגדת שלא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו · ולפ"ז אין דמיונם שוה :

אך שצריכין אנו להבין דברי הגאון הנ"ל שכתב דלא שייך למימר הרשיע מעט מעט עד שנעשה רשע ועובד עבודת אלילים הלא מבואר בשבת (דף ק"ה ע"ב) רבי שמעון בן אליעזר משום חילפא בר אגרא שאמר משום רבי יוחנן בן נורי המקרע בגדיו בחמתו והמשבר כליו בחמתו כו' יהיה בעיניך כאילו עובד עבודת אלילים שכך אומנתו של יצר הרע היום אומר עשה כך ולמחר אומר לו עשה כך עד שיאמר לו עבוד עבודת אלילים והולך ועובד כו' עכ"ל הגמרא ולפי דברי הגמרא גם כן שייך לומר הרשיע מעט מעט עד שנעשה רשע אם כן הוי תרתי לריעותא כמו במקוה ויהיה לפי זה גם כן קשה על הגמרא אמאי לא אמרו בה לא איסור ולא היתר · ולפי דברי ר"י הנ"ל לא אסרוהו משום זבחי מתים כלל ולמה לא אסרוהו כודאי נבילה כמו דאמרינן במקוה דודאי טמא משום דיש תרתי לריעותא · ונראה לי לתרץ דברי הגאון הנ"ל דבשלמא גבי מקוה התם שייך לומר חסר ואתאי כיון דהשתא חסר לפניך הרבה · וברגע אחת אין סברא שיהיה נחסר הרבה אלא חסר ואתאי · וכיון שחסר אפילו קורטב אחד פסול המקוה א"כ יש זמן בודאי שנפסלה המקוה קודם והרי חסר לפניך ויש עוד חזקת טמא המסייעת הוי תרתי לריעותא והוה טמא ודאי וכן אם הפריש תרומה ונמצאת שהיא מחומץ הרבה בודאי לא החמיץ כולה ברגע אחת ובודאי מתחילה החמיץ מעט ואינו ראוי לעשותה תרומה וא"כ החמיץ ואתאי עד שנתחמץ הרבה ולפ"ז יש לומר היה זמן שאינו ראוי לעשותה תרומה אף קודם שראינו שנעשה חומץ חזק לכן מצרפינן להחזקה דהשתא דהרי חומץ לפניך גם חזקת טבל והוה תרתי לריעותא ועשוהו כודאי אבל הכא אף שבודאי הרשיע וקודם מעט מעט עד שנעשה מומר בכל זאת קודם שנעשה מומר אף שעבר עבירה שחיטתו כשירה כמבואר (בש"ע יו"ד סימן ב' ס"ק ו') והוא דעת הרמב"ם · ואף אי הימא שראוי לנו לספק שיכול להיות שפקר בעבירות טובא יותר משלשה זימנין קודם שנעשה רשע כל כך עד שחשב לזרוק דמה לעכו"ם שלפי דברי הגאון הוי כעובד ע"א ממש שכתב דהרי רשע לפניך · וכיון שראוי לספק שעבר עבירות טובא יותר משלשה זמנים להרמב"ם צריך בדיקת סכין · מ"מ נראה לי דהא דאמרינן דמחמת דחסר ואתאי מצרפינן התרתי ריעותא ועשאוהו כודאי · היינו דוקא היכא דיש זמן שהוא בודאי קודם שראינו חזקה כגון במקוה שחסר לפניך ובתרומה שהחמיץ לפניך · כי אז לא נוכל לומר דאוקמי אחזקה דמעיקרא כגון במקוה לאוקמי אחזקה דמעיקרא היתה שלמה וכן גבי תרומה שנמצאת חומץ לאוקמי אחזקה דמעיקרא שהיתה מתחילה יין · כיון שהיתה איזה זמן קודם שראינו החזקה ודאי מחזקת דמעיקרא לכן לא מוקמינן אחזקה דמעיקרא דבכל מקום דמוקמינן אחזקה דמעיקרא אמרינן השתא הוא דאיתרע (עיין ביו"ד סימן פ"ת בט"ז ס"ק ג' ובש"ך ס"ק ד' שם) מבואר זאת הסברא באורך משמם של האחרונים · אבל כך דשחט וא"כ חשב לזרוק את דמו לעכו"ם אף שיש לנו ספק אם קודם לזה לא עבר על עבירות רק פעם אחת ולא נקרא רק חשוד ושחיטתו כשירה כמבואר בסימן ב' הנ"ל · או שעבר על עבירות ג' פעמים קודם ששחט ונקרא מומר ואסור לאכול משחיטתו בלא בדיקת סכין · מ"מ הוא רק ספק בעלמא ונוכל לומר דקודם לזה לא נעשה מומר ומוקמינן ליה בחזקת שלא היה מומר עד עתה וא"כ לא ידע זמן מה קודם שחשב לזרוק דמה לעכו"ם מחזקתו שנהיה מוכרחים לומר שהיה מומר קודם שחשב לזרוק דמה לעכו"ם לכן לא מצרפינן התרי ריעותות ביחד והוה רק ספק · ולפ"ז דברי הגאון ניחא · אך אין דברינו ניחא לפי דברי הגאון :

אך צריכין להבין גם בזה את דברי הגאון הנ"ל · שכתב דמצרפינן חזקה דהרי רשע לפניך והחזקה דבהמה בחזקת איסור עומדת ומירעי להחזקה דחזקת כשרות שהיה ליה להשוחט ולכן הבהמה אסורה מספיקא · לפי מה שכתב הט"ז (בסימן א' ס"ק ו') דאין להכשיר כלים שבישלו בהם בשר מאותו שוחט דאוקמינהו אחזקייהו · דרש"י פירש בגיטין (דף ל"א ע"ב) כל טהרות שנעשו על גביו טמאות כל תרומות שנתרמו טמאות עכ"ל · וה"ל דאין להתיר הכלים מטעם ס"ס דבכלים ליכא למימר איתחזק איסורא דהא איכא חזקה דשוחט שפיר ידע מעיקרא · וחזקה דכלים · ואיכא תרתי להדי תרתי ותו מהני ס"ס דליכא תו חזקת איסור · או יאמר דשוחט איתרע וכלים לא אתרעי והא דלא פסקינן כוותיה דר"ה כ"א כשבירה עצמות הוא דהוה תרתי במקום חדא משא"כ כשבירה חזקה דהשתא ליתא דודאי בעצם נפגם ומשו"ה נאמר הסכין כשירה דהרי שחיטה לפניך ובכלים נמי חזקה לאיסורא דאיכא תרתי להדי תרתי ושוחט איתרעי וכלים לא אתרעי · ועל זה כתב דהא במקוה שנמדד ונמצא חסר פירש"י בגיטין (דף ל"א ע"ב) דתרומות טמאות · הרי אף דאיכא חזקה לאותן טהרות ואוקי תרי להדי תרי ויהיה עכ"פ ספק אי טהור כר"ה וכל ספק טומאת ברה"ר היכא דליכא חזקה לאיסור טהור הוא אלא ע"כ כיון דהאדם והכלים שטבלו באותן המקוות טמאין ודאי מחמת תרתי במקוה דהא א"כ נמצאת התרומה שנעשו באותן כלים טמאין ודאי ובהדייהו גרירי עיין בהגה יוסף בסוגיא השוחט בסכין ונמצאת פגומה · הרי דחזינן אף דאם א"כ נולד לנו חזקה בגופי החזקה הזאת היה הדין שיהיה טהור · אך כיון שהוחלטנו על האדם זה שהוא טמא מכח תרתי לריעותא הטהרות שנעשו שוב אינו מועיל חזקת הטהרות לטהר אותן כיון שנולד הספק בטהרות מכח האדם שהוא נטמאין ליה ודאי · א"כ ה"נ כיון דהספק שנולד לנו בבהמה הזאת אם היא אסורה או לא בא מכח האדם השוחט אותה והאדם השוחט אותה בודאי כשר כיון דליכא ביה תרתי לריעותא לפסול אותו אף דודאי לאחר שחישב לזרוק רשע הוא בכל זאת בשעה ששחט אם העיד בדבר שאין לה לא חזקת היתר ולא חזקת איסור ואמר לנו שהיא מותרת בודאי מהימנין ליה · א"כ איך נוכל לאסור הבהמה מכח שיש לה חזקת איסור ומצרפינן להחזקה דהרי רשע לפניך והוי תרתי לריעותא הא הבהמה באתה מכח האדם שהיה בודאי כשר בשעה ששחט ונאמן אצלינו כשאר כל אדם · מה מועיל שוב החזקת איסור שיש לבהמה לשוויה תרתי לריעותא · ונראה לי דיש חילוק גדול בין אך דהכא לאך דהט"ז · כי הענין המבואר בט"ז כבר הוחלטנו לאדם שטבל במקוה שנמצא חסר

בודאי

שבודאי טמא מכה תרתי לריעותא · וכיון שכן אינו מועיל החזקת טהרות שבאתה אח"כ כי בעת שהלענו אותו שהוא טמא לא היה חזקת טהרות שיהיה מסייעת · וכיון שכן אינו מועיל החזקה שבאתה אח"כ לפעול שום שינוי בדין · אבל הכא קודם שחשב לזרוק דמה לעכו"ם לא דיינין ליה אם האדם כשר או לא · ואח"כ כשחישב וצריכין אנו לדון אם זה האדם כשר הוא או לא בשעה ששחט לכן אמרינן שהבהמה בשחטה אסורה כיון דיש לה חזקת איסור המסייעת לחזקת הרי רשע לפניך הבהמה אסורה אבל האדם דיינינן ליה שהוא כשר בשעה ששחט כיון דליכא גביה תרתי לריעותא והרי זה דומה לשני כיתי עדים המכחישים זא"ז המבואר בבבא בתרא (דף ל"א) ובכמה מקומות דפסקינן כרב הונא דזו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה כי מוקמינן להני כיתי עדים בחזקת כשרות שהיה להם מתחילה רק לאותו דבר שמכחישין זא"ז לא מהמנינן לעדים ונשאר הדבר בספיקא ומוקמינן ממונא בחזקת מרא וה"נ כן כי בעת שהתחלנו לשפוט את האדם הזה אם הוא כשר או לא ויש חזקת איסור דבהמה שמסייעת לומר שהוא פסול לה לכן נשאר הדבר בספיקא ובהמה בחייה בחזקת איסור עומדת אבל כשבאנו לשפוט באדם זה אם היה כשר בשעה ששחט אם לא לענין דבר אחר · אמרינן שכשר הוא כי הוא דבר אחר ושם לא יש חזקת איסור ·

וכיון דתירצנו דברי הגאון הנ"ל שדבריו שרירין וקיימין על הגמרא לא קשה כלום · אך אין דמיונו עולה יפה לפי דבריו שמדמינן הך דשחט ואח"כ חשב לחציה שפחה וחציה בת חורין כי בהך שפחה הנ"ל יש חזקת אשת איש העומד כנגד שלא נאמר הוכיח סופו על תחילתו · ולכן אמרינן דלא הוכיח סופו על תחילתו אבל הכא גבי בהמה יש חזקת איסור דבהמה המסייעת שנאמר הוכיח סופו על תחילתו לכן מסופקים בזה אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו או לא אך נצדיק דברינו מסוף דברי הגאון הנ"ל וז"ל שם · ומ"מ נראה לפי עניית דעתי זהו רק אם אמרינן דאפילו באותו פעם נעשה מומר וא"כ אם אנו דנין דהוכיח סופו על תחילתו לא הוה זביחה כלל וקיימא בחזקת שאינה זבוחה אבל אם אמרינן דבאותו שחיטה לא נעשה מומר וא"כ הוה זבוח לפנינו אלא דאם היה מחשבתו כן בשעת שחיטה אסור משום תקרובת עכו"ם ולא משום נבילה · לא שייך בזה חזקת איסור דבהמה דאין מחזיקינן מאיסור לאיסור. ואף לרש"י דס"ל דבהמה בחייה בחזקת איסור היינו איסור אבר מן החי · דמחזיקינן מאיסור לאיסור נלפענ"ד דזה הוא רק לענין איסור נבילות כו' עכ"ל · ומדברי הרמב"ם (פרק ד' מהל' שחיטה הל' י"ד) נראה דסובר דלא נקרא מומר רק שעבר שלשה פעמים אפילו בע"א וחילול שבת · שכתב שם ישראל מומר בעבירה מן העבירות כו' וצריך ישראל כשר לבדוק את הסכין וא"כ יתננה למומר זה לשחוט בה כו' ואם היה מומר לעכו"ם או לחלל שבת כו' הרי הוא כעכו"ם כו' ואח"כ כתב בהלכה ט"ו מי שפסול לעדות כו' הרי זה שוחט בינו לבין עצמו ופירש הכסף משנה שם דפסול לעדות מיקרי כשעבר רק פעם אחת ומומר נקרא כשעבר שלשה פעמים · לפ"ז בשהתחיל הרמב"ם בהל' י"ד ישראל מומר כו' פירוש שעבר שלשה פעמים דוקא · דאל"כ לא מיקרי רק פסול לעדות ואינו צריך בדיקת סכין ותיכף מסיק הרמב"ם ואם היה מומר לעכו"ם כו' משמע ג"כ שעבר שלשה פעמים חדא מדקרא ליה מומר לעכו"ם ומומר לא מיקרי רק שעבר שלשה פעמים · שנית כיון דתחילת דבריו בהלכה זו מיירי כשעבר ג' פעמים מסתמא גם בסוף דבריו בהלכה זו מיירי ג"כ כשעבר ג' פעמים כיון דכללם בענין אחד ובדבור אחד כתב לנו · נמצא לפ"ז דסובר הרמב"ם דגם גבי מומר לעכו"ם בעינן שלשה פעמים שיעבור · א"כ לפ"ז בהך דשחט ואחר כך חשב אין שחיטתו נבילה מכח שחיטת מומר · כיון דלא עבר רק פעם אחת אלא שחיטתו נבילה משום תקרובת עכו"ם · לפי זה אם מחזיקים מאיסור לאיסור מסייעת החזקת איסור דבהמה לכך חזקה דהשתא הוא רשע לפניך ואם אין מחזיקים מאיסור לאיסור אינה מסייעת החזקת איסור דבהמה כמו שמבואר בדברי הגאון הנ"ל :

פרח ט אות ג

נראה לפי עניית דעתי להביא ראיה דאין מחזיקין מאיסור לאיסור אף שאנכי בער ולא אדע ובדבר זה נחלקו חכמי העולם בכל זאת אכתוב דברי רק לפילפולא בעלמא · דאיתא בסוטה (דף כ"ט ע"א) וז"ל הגמרא שם אלא לרבי עקיבא ארבעה קראי כתיבי חד לבעל וחד לבועל וחד לכהונה וחד לתרומה מוכח מזה דאין מחזיקין מאיסור לאיסור דאי מחזיקין מאיסור לאיסור למה צריך קרא מיותר דכתב רחמנא ונטמאה לאסור הסוטה קודם שתיה לכהונה אף אם מת בעלה דאי לא מת הרי היא אשת איש ואסורה אף לישראל ואי מחזיקין מאיסור לאיסור הא נולד לנו הספק אם תהיה מותרת לכהונה אם לא בשעה שבעלה הוה עדיין חי · ובעת הזאת היתה אסורה לכו"ע משום איסור אשת איש ולא היה צריך קרא לאסור אותה לכהונה דבכל מקום אם יש ספק וחזקה מוקמינן אחזקה וה"נ אוקמא אחזקה · אלא ודאי אין מחזיקין מאיסור לאיסור לכן צריך קרא לאוסרה לכהונה דהא חזקת איסורא דאשת איש אזדא כשמת בעלה · ולא נשאר לנו רק ספק · וכיון דיש לנו ראיה מן הש"ס דאין מחזיקין מאיסור לאיסור כן הדין בהך דשחט ואח"כ חשב אין החזקת איסור דבהמה מסייעת לאיסור הבהמה משום תקרובת עכו"ם ולא נשאר לנו רק לומר הוכיח סופו על תחילתו · וגם נגד חזקת כשרות שהיה להשוחט אעפ"כ יש לנו ספק אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו · ה"נ גבי חציה שפחה וחציה בת חורין מספקינן ג"כ אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו אם לא אף דיש חזקת אשת איש עומד כנגדה · לפ"ז דמיונו שוה · דהא דפסק הרמב"ם שחציה שפחה וחציה בת חורין המאורסת לעבד עברי ונשתחררה כולה ובא אחר וקידשה הרי זה ספק מקודשת לשניהם משום דמספקינן אם אמרינן הוכיח סופו על תחילתו אם לא · ולקח זאת מהך דשחט ואח"כ חישב לעכו"ם · וא"ת הלא זאת דמסופקין אם אמרינן הוכיח סופו על תחילתו אי לא ברייתא היא · והאמוראי דפליגי בגמרא אי גמרי קידושי ראשון או פקעי · איך יפלגו אמוראים על ברייתא · גם זה יש לתרץ דהאמוראי דפליגי אי גמרי קידושין אי פקעי יכול להיות דסברי דהברייתא דלא אמרו בה לא איסור ולא היתר לא מיירי מדין הוכיח סופו על תחילתו דמיירי בגוונא דליכא למימר הוכיח סופו על תחילתו [עיין בתבואת שור סימן ד' סק"ה שיש לספק בכמה יהיה השיעור שנהיה אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ואף דהוא שם מספקא ליה אבל האמוראים ידעו] אלא מספקי להו הא דאסרינן שחיטת מומר אם הוא מטעם ודאי או כפי טעם הרמב"ם משום שנאמר וקרא לך ואכלת מזבחו או משום טעם הרא"ש משום דאינו בר זביחה (עיין ביו"ד בריש סימן ב') או דשחיטת מומר הוא רק מצד הספק שמא לא עשה מעשה השחיטה כהוגן · אבל מיקרי בר זביחה · וכששחט ואחרים רואים אותו שחיטתו כשירה וכן מבואר בשלטי גבורים ריש חולין בשם ריא"ז ישראל מומר לכל התורה כולה אינו כעכו"ם לפי שזה הוא מצווה על כל המצות כישראל גמור אלא שפושע לפיכך אם היה כשר עומד על גביו וראה ששחט יפה בהכשר שחיטתו כשירה כמבואר בקונטרס הראיות. ע"כ · וכן הוא בחידושי הגאון ר' עקיבא ליו"ד בסימן ב' באות ו' · שהביא בשם חידושי הר"ן על חולין אלא שדוחין עוד דאפשר דשחיטת מומר נהי דמיתסרא באכילה מ"מ לא הוי כשחיטת עכו"ם לטמויא במשא דמ"מ אינו כעכו"ם דקדושיו קידושין כו' עכ"ל העתקתי את לשונם ממש אות באות עיין שם · והברייתא מיירי דהך דשחט ואח"כ חשב לזרוק מיירי דזאת הוא פעם שלישי לכן בשעת שחיטה יש לנו ספק אם היה מומר בשעה ששחט או לא והתיא כרבי שמעון דסובר בריש

נדה

נדה במקום שנמדד ונמצא חסר ברה"ר טהורות וברה"י תולין עיין שם · ולכן הסתפקו אי אסורה הבהמה אי לא דאי אמרינן שחיטת מומר אסורה בודאי · אי מטעם הרמב"ם אם מטעם הרא"ש · ולפ"ז אסורה הבהמה דיש לנו רק ספק אחד אם היה מומר בשעת שחיטה או לא · או דילמא דהא דאסרינן שחיטת מומר לא מטעם ודאי הוא רק מטעם ספק דלפי שיטת הר"ן לא יש אפילו ספק דאם היה ספק היה לנו לאוקמי אחזקה ולטמאה במשא עיין בחולין (דף ע' ל"א) בדק מאי פירוש שלא בדק בסימנים וכו' מתניתא תנא נבלה מטמאה במשא וכן פסק הרמב"ם (פרק א' מהל' שחיטה הלכה כ"ג) · לפי זה אם היה ספק הי' לנו לטמאה במשא ומדכתב הר"ן דאינה · מטמאה במשא מוכח דלא הוה אף ספק · רק דאסרוהו חכמים באכילה בעלמא · ולשיטת ריא"ז הנ"ל נוכל לומר אליביה דאסרוהו שחיטת מומר מטעם ספק שמא לא עשה מעשה השחיטה כהוגן לכן כשר כשישראל עומד על גביו · ולפ"ז אם נאמר דשחיטת מומר הוא אסור רק מגד ספק נמצא דיש לנו ס"ס ספק אם היה מומר בשעת שחיטה אם לא · ואף אם נאמר דהיה בשעת שחיטה ג"כ מומר בכל זאת שמא שחט כהוגן וזה ס"ס מעליא לפי שיטת הש"ך בדיני ס"ס כי אין רצוני להאריך בזה · לפ"ז כשר הבהמה · לכן לא אמרו בה לא היסור ולא היתר · וטעמא דמ"ד דפסל הקדושין משום דפסק כרשב"ג וטעמא דמ"ד דגמרי הקדושין משום דפסק כת"ק המבואר בברייתא גבי הכותב נכסיו לאחרים והיה בהם עבדים בחולין (דף ל"ט) אך הרמב"ם לא פסק כוותייהו משום דרב חסדא ורב שיזבי ורבינא שהוא בתרא מוקמי הך ברייתא דמספקי להו אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו אי לא משום דאין סברא דהמעשה רב דקיסרי אתיא כרבי שמעון דלא מחזקינן למפרע רק מגד ספק · דהא הלכה כרבנן · לכן מוקמי המעשה רב דקיסרי דמספקי להו אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו אם לא · ופסק הרמב"ם כוותייהו חדא דרבים הם שנים כנגד אחד וגם רבינא שהוא בתרא מוקי הכא ג"כ דספקא הוא אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו · לכן פסק הרמב"ם שפיר בהך הניח שפחה ותניה בת חורין ונשתחררה כולה ובא אחר וקידשה דספק מקודשת לשניהם משום דיש ספק אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו אי לא :

וכי תימא הכתי אין הדמיון שוה דהא לכאורה מוכרחים אנו לומר לדעת הרמב"ם דאף דאין מחזיקין מאיסור להיסור מ"מ איקבע איסורא דהא כולם הקשו על הרמב"ם לפי מאי דסובר דספיקא דאורייתא מן התורה לקולא · רק מדרבנן לחומרא למה מצריך הגמרא בחולין (דף י"א ע"א) למילף מן התורה דאזלינן בתר רובא דהא להרמב"ם אף אם לא אזלינן בתר רובא רק ספק בעלמא מותר מן התורה · וכדי ליישב הקושיא הזאת היה נראה לנו לומר הגם דאין מחזיקין מאיסור לאיסור בכל זאת הוא איקבע איסורא ומהרי"ט בתשובותיו ואחריו הלכו גדולי חקרי לב אחרונים וענו ואמרו דהתנאים דפליגי וסברי דמביאין אשם תלוי על חתיכה אחת סוברים דספיקא דאורייתא מן התורה לחומרא והתנאים הסוברים דאין מביאין אשם תלוי רק היכי דהיה שתי חתיכות אחת של חלב ואחת של שומן ואכל אחת מהן ולא נודע לו איזו מהן אכל הוא דמביאים אשם תלוי אבל אם היה רק חתיכה אחת וספק אם הוא חלב או שומן אין מביאין אשם תלוי סברי דספיקא דאורייתא מן התורה לקולא · והרמב"ם פוסק כהנך תנאי דאין מביאים אשם תלוי רק על שתי חתיכות כמבואר ברמב"ם (פרק ח' מהלכות שגגות הלכה ד') דטעמא הוא משום דבעינן איקבע איסורא ולפיכך פסק ספיקא דאורייתא מן התורה לקולא כל זה תירוצים בדברי הרמב"ם דמאין הוציא זאת דספיקא דאורייתא מן התורה לקולא אבל זאת עדיין קשה למה הוצרך הגמרא למילף דאזלינן בתר רובא הא ספיקא דאורייתא מן התורה לקולא וגם על זה כתבו תירוצים שונים זה מזה ולפי השקפה הראשונה היה נראה לי לומר הגם להסוברים דאין מחזיקין מאיסור לאיסור בכל זאת מיקרי איקבע איסורא ולכן אם יתילד ריעותא בבהמה מחיים בשעת שיש לה חזקת איסור · הוה הך ספק כמו הספק דשתי חתיכות דאיקבע איסורא כיון דיש לה קצת חזקה דמסייעי לה דמחזיקין מאיסור לאיסור קצת · דנקרא ספק דאיקבע איסורא ובזה מודה הרמב"ם דספיקא דאורייתא מן התורה לחומרא מדמביאין אשם תלוי וגם למ"ד דלהכי אינו חייב אשם תלוי רק כשאכל חתיכה אחת משתי החתיכות משום דאפשר לברר האיסורא שמא יבא בקי ויכיר את החתיכה הנשארת מה היא אם חלב אם שומן ה"נ בשנמצא ריעותא מחיים אפשר לברר איסורא ע"י בדיקה רק הלימוד דרב אבי לא אתיא אליביה דמ"ד דהטעם דאפשר לברר איסורא ויכול להיות דיסבור כהטעם דבעינן איקבע איסורא · וגם המ"ד שמפרשים את הטעם דבעינן חתיכה משתי חתיכות משום דילפינן זאת מקרא יכול להיות דטעמא דקרא דלהכי בעינן חתיכה משתי חתיכות אם דבעינן איקבע איסורא או דבעינן אפשר לברר איסורא · ועדים זוממים ומכה אביו ואמו דילפי מזה הגמרא בודאי אתי שפיר דקי"ל ספק נפשות להקל והו"ק ולהכי הוצרך הגמרא למילף מקרא דניזיל בתר רובא · ולפ"ז אינו עולה יפה מה שכתבתי שהרמב"ם דפסק בהניח שפחה והניח בת חורין ובא אחר וקידשה לאחר שנשתחררה ספק מקודשת לשניהם משום דמספקינן אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו אי לא ולמד זאת מהך מעשה דקיסרי דהתם מסייעת חזקת היסור דבהמה משום זה אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ואף דאין מחזיקין מאיסור לאיסור בכל זאת מסייעת קצת · אבל בהניח שפחה והניח בת חורין ליכא שום חזקה שיהיה מסייעת לה קצת שמפני זה יהיה אמרינן הוכיח סופו על תחילתו :

אבל נלפענ"ד להוכיח דהרמב"ם ס"ל דאין מחזיקין מאיסור לאיסור כלל ואינו מסייעת אף קצת · ובתוך הדברים הזה אתרץ בע"ה הקושיות שהקשו על הרמב"ם הא דפסק ספיקא דאורייתא מן התורה לקולא : דהרמב"ם כתב והביאו הטור בריש הלכות טריפות אעפ"י שכולם הלכה למשה מסיני אינו בפירוש אלא דרוסה ולכן החמירו בה וכל ספק שיסתפק בדרוסה אסור ושאר מיני ז' טריפות יש בהם ספק שמותרין עכ"ל הטור בשם הרמב"ם ותמה הב"י שלא מצא שום ספק טריפה שיהיה מותר כו' עכ"ל · ולתרץ הקושיא הזאת וגם לתרץ הקושיא שהקשו על הרמב"ם מניין ליה להרמב"ם שספיקא דאורייתא מן התורה לקולא ומהיכי יליף לה וגם לתרץ הקושיא שהקשו על הרמב"ם למה הוצרך הגמרא למילף מקרא דאזלינן בתר רובא הא ספיקא דאורייתא מן התורה לקולא · וכדי לתרץ כל זאת · אני אומר דהרמב"ם היה קשה ליה כיון דשמונה מיני טריפות הלכה למשה מסיני ואחד מהם דרוסה למה הוצרך לכתוב בפירוש בתורה דרוסה כיון דהילכתא קרא למה לי כדאמרינן בכמה מקומות ואחד בסוכה (דף כ"ח ע"א) עיי"ש · וכדי לתרץ הקושיא הזאת הוכיח הרמב"ם דספיקא דאורייתא מן התורה לקולא ולכן כתב רחמנא בפירוש דרוסה לומר לך כל ספק שנסתפק בדרוסה אסור אבל בשאר ז' מיני טריפות אם נולד בהם ספק מותר מן התורה ומאי דפסקינן דאסור הוא רק מדרבנן · אך היכי אמרינן דמוכח זאת דספיקא דאורייתא מן התורה לקולא ומדכתב רחמנא דרוסה בפירוש אי אמרינן בשאר טרפות וגם בדרוסה דאזלינן בתר רובא או מוכח זאת · אבל כל זמן דלא ידעינן דאזלינן בתר רובא במקום אחר נוכל לומר הא דכתב רחמנא בפירוש דרוסה אף דהילכתא הוא · להורות דלא אזלינן בדרוסה בתר רובא אבל בשאר מיני טריפות אזלינן בתר רובא וכבירה לכן הוצרך הגמרא ללמוד ממקום אחר דאזלינן בתר רובא בכל התורה כולה וגם דרוסה בכלל מדמקרבינן עולה ופסח ולא חיישינן אולי דרוסה היא אף דאמרינן בה בגמרא שמא ניקב כו' גם דרוסה בכלל · דהטעם דדרוסה אסורה משום דסופו לינקוב וגם דלמד הגמרא שם דאזלינן בתר רובא בדיני נפשות מזה ידעינן דהב"ב אזלינן בתר רובא בדרוסה וכיון דיליף הגמרא דאזלינן בתר רובא אף בדרוסה א"כ מוכרחים אנו לומר הא דכתב רחמנא

דרוסה בפירוש אף שהלכתא היא כדי לאשמיעינו דספיקא דאורייתא מן התורה לקולא לכן בשאר מיני טריפות ספיקן מותר מן התורה רק בדרוסה ספיקא אסורה נמצא מתורץ השני קושיות דלמד הרמב"ם דספיקא דאורייתא מן התורה לקולא מדהוצרך רחמנא לכתוב דרוסה בפירוש אף דהילכתא היא כדי ללמדינו דספיקא דאורייתא מן התורה לקולא לבד בדרוסה והקושיא השניה למה הוצרך הגמרא קרא דאזלינן בתר רובא הא ספיקא דאורייתא מן התורה לקולא ג"כ מתורצת דכל זמן דלא ידעינן דאזלינן בתר רובא במקום אחר שב"מ וגם בדרוסה לא הוה ידעינן דספיקא דאורייתא מן התורה לקולא · וגם הוכיח הרמב"ם דספיקא דאורייתא מן התורה לקולא מדאמרינן בגמרא חולין (דף נ"ג ע"א) אתמר רב אמר אין חוששין לספק דרוסה ושמואל אמר חוששין לספק דרוסה דכו"ע ספק על ספק לא על אימא לא על כו' פירוש וכשירה היא וא"כ איתא שם בגמרא אמר אמימר הילכתא חוששין לספק דרוסה כו' וכן פסק הרמב"ם פרק ה' מהלכות שחיטה עיי"ש והנה ע"ז יש להקשות מ"ט פסקינן דחוששין לספק דרוסה דהא ס"ס היא אף דאם על הדורס בודאי · בכל זאת שמא לא דרס ואף אם דרס שמא דרס שלא כנגד החלל ואף אם תאמר כיון דאיהו שתק ואינהו מקרקרין חיישינן דודאי דרס מ"מ היכא דאיכא שוורים הרבה דדי לנו אם ניחוש לספק דרוסה לאחד מהם ונעשה הספק כודאי משום דשתק ואינהו מקרקרין · אלא שנאמר שכולם דרס מנין לנו · לפי זה יש על השאר שוורים ס"ס כנ"ל ומותרים המה · רק על שור אחד יש ספק טריפות · והוה ליה לבטל ברובא אף דבעל החיים חשיבה ולא בטלי מ"מ כיון דהוא רק מדרבנן דלא בטל · וזה לכאורה רק בודאי טריפה אם נתערב אבל בספק טריפה אם נתערב הוה ספיקא דרבנן לקולא כיון דלא נודע הספק רק אחר שנתערב · שניה דזה בודאי אם נשחטו בשוגג בודאי בטל והגמרא היתא בסתימות דחוששין לספק דרוסה דמשמע אם נשחטו ג"כ אסורין א"כ קשה אמאי פסקינן דהיכא דעל הדורס בין שוורים הרבה דכולן אסורין אמאי הא הוי ס"ס ובס"ס אזלינן גם בדרוסה משום דאם יש ספק אי על אי לא על הדורס פסקינן דכשירה מטעם דאיכא ס"ס וקושיא זו קושיית הראשונים הוא וגם בחידושי הרשב"א בחולין מבואר קושיא זאת · ותירץ שם בזה הלשון ושמא י"ל כו' עיי"ש · וגם הרמב"ם ג"כ היה קשה ליה זאת ותירץ באופן זה דלכאורה צריכין להבין הטעם דאזלינן בתר ס"ס בכל מקום מנין לנו זאת מן התורה · דהא חזינן דהא דאזלינן בתר חזקה ובתר רובא יליף בגמרא בחולין והא דאזלינן בכל מקום בתר ס"ס לא משכחינן בשום דוכתא בגמרא דיליף זאת מן התורה והנה לפי דברי הרשב"א בתשובה הובא בש"ך בסימן ק"י ס"ק ס"ד וז"ל ותדע לך עוד דהא ס"ס עדיף מרובא · ואפשר דאלים התירא יותר מרובא דהא ר' יהושע לגבי יוחסין פוסל בחד רובא ומכשיר ס"ס עכ"ל הרשב"א · הובא בש"ך שם ולמדין אנחנו מדברי הרשב"א דהטעם דאזלינן בתר ס"ס משום כיון דידעינן דאזלינן בתר רובא ממילא ידעינן דאזלינן בתר ס"ס דבספק ספיקא יש לצדדים יותר להתיר ממה שיש ברובא · ונוכל לומר דאמר הרשב"א זאת הסברא דאזיל לשיטתי' דס"ל דספיקא דאורייתא מן התורה לחומרא כמבואר ברשב"א בחידושיו על קדושין (דף ע"ג) ד"ה ממזר ודאי הוא לכן אמר טעם זה דאזלינן בתר ס"ס משום דעדיף יותר מרוב אבל הרמב"ם דסובר דספיקא דאורייתא מן התורה לקולא נוכל לומר טעם אחר הא דאזלינן בתר ס"ס משום דהספק הראשון משוה אותו לאיסור דרבנן דמן התורה אזלינן לקולא והספק השני עושה אותה לספק דרבנן לכן אזלינן בה לקולא · לפי זה היכא דעל הדורס בודאי אפילו בין הרבה שוורים לא אזלינן בתר ספק ספיקא כיון דגילתה התורה דבספק דרוסה אסורה מן התורה כדכתבנו לעיל דברי הטור בשם הרמב"ם ולכן לא נוכל לומר דהספק הראשון משוה אותו לאיסור דרבנן כיון דספיקו אסור מן התורה לכן אין אנו מתירין מטעם ס"ס היכא דעל הדורס בודאי · אבל אי לא ידעינן אם על הדורס אי לא · יש ג' ספיקות ספק על ספק לא על · ואת"ל על אימא לא דרס · ואת"ל דרס שמא לא דרס כנגד החלל והש"ך כתב בדיני ס"ס באות כ"ה דהיכא דאיכא ס"ס בלא הספק הראשון אזלינן לקולא אף היכא דאיכא חזקת איסור דאף דהספק הראשון כמאן דליתא דמי כיון דאיכא חזקת איסור כנגדו · מ"מ החזקת איסור ג"כ כמאן דליתא כיון דיש ספק כנגדה ונשאר ספק ספיקא דלא יהא אלא גופו של איסור דמותר מס"ס וה"נ אם ספק על או לא הגם שהספק הראשון כמאן דליתא דמי כיון שאסרה התורה ספק דרוסה מ"מ נשאר ס"ס והספק הראשון של ס"ס שנשאר משוה אותו לאיסור דרבנן והספק השני הוה ספק דרבנן ואזלינן לקולא · נמצא לפ"ז מוכח כדברי הרמב"ם דהא דכתב רחמנא דרוסה אף דהילכתא היא כדי לאשמועינן דספיקא אסורה ולכן חוששין לספק דרוסה היכי דעל הדורס אף היכי דאיכא ס"ס · אבל אם לא תאמר כדברי הרמב"ם הקושיא במקומה עומדת מ"ט חוששין לספק דרוסה הא איכא ס"ס ואף שהט"ז בריש הלכות טריפות כתב דאף דהיכי דעל הדורס בודאי יש ג"כ ג' ספיקות ספק שמא לא נגע ואת"ל נגע שמא לא הטיל בו ארס ואת"ל הטיל בכן ארס שמא הטיל למטה מחלל הגוף עכ"ל אבל לפי דעתי דהט"ז גופא לא משוה לס"ס רק ר"ל שהוא כעין ס"ס כמ"ש הש"ך בס"ק הנ"ל על התוס' בפ"ק דחולין גבי השוחט בסכין ונמצאת פגומה עיי"ש דכתבו התוס' דאיכא ס"ס כתב שהוא רק כעין ס"ס ולא ס"ס ממש שהספק הראשון שמא לא נגע נסתר מדברי הרשב"א שהבאתי לעיל דאיגו ספק מדאיהו שתק ואינהו מקרקרין בודאי דרס והט"ז לא באר שיש שוורים הרבה רק כתב סתם הס"ס שלו דמשמע אפילו אין שם רק שור אחד הוא ג"כ ס"ס וגם הספק השני את"ל נגע שמא לא הטיל ארס לא מצינו בשום פוסק שיכתוב כן כיון דנגע בודאי הטיל ארס עיין בב"ק (דף כ"ג ע"ב) דלדברי חכמים ארס נחש מעצמו מקיא כו' עיי"ש · וגם הרשב"א לא חשיב הך לספק כמבואר שם רק חשיב ס"ס אחר · ועיין במעדני יו"ט בפרק אלו טריפות סימן מ"א באות ל' ובדברי חמודות ובש"ך סימן כ"ז ס"ק ל"ב ובט"ז גופה ס"ק י"ט שכולם כתבו רק היכא דיש ספק אם על הדורס אם לא שם יש ס"ס ומטעם זה אנו מתירין היכא דיש ספק אם על אי לא · משמע מדבריהם דהיכא דעל הדורס בודאי ליכא אפילו ס"ס והכא חשיב הט"ז לג' ספיקות היכא דעל הדורס בודאי אלא ודאי דהט"ז ר"ל שיש בזה כמה לצדדים להתיר אבל לא מיקרי מצד הדין אפילו לס"ס · וקצרתי בענין זה כי כבר נדפסו כמה וכמה חידושי תורה בענינים אלו ומרגלי בפומיה דלומדי תורה וגם הספרים אינם בידי · אך כתבתי קצת כדי למלאות רצון המעיין וגם מה שנצרך לעניננו שאנחנו עוסקים בעת:

היוצא מדברינו שמדברי הרמב"ם נלמד דאין מחזיקין מאיסור לאיסור כלל ואינו מסייעת החזקת מאיסור לאיסור אף קצת להיות מיקרי איקבע איסורא · דאם אמרינן דמחזיקין מאיסור לאיסור להיות מיקרי איקבע איסורא לכה"פ וא"כ כל ספק שיהיה בשאר מיני טריפות יהיה ג"כ אסור כמו בדרוסה כיון דאיקבע איסורא דהא ספיקא דאורייתא בזה הוא מן התורה לחומרא מדמביאין אשם תלוי · בספק איקבע איסורא · וגם למה כתב רחמנא דרוסה שיהיה ספיקו אסורה הא בלא"ה אסורה דאיקבע איסורא · אלא ודאי סובר הרמב"ם דאין מחזיקין מאיסור לאיסור כלל ולא מסייעת לשום דבר · לכן לפ"ז דברינו ניחא מה שכתבנו דהא דפסק הרמב"ם בחציה שפחה וחציה בת חורין המאורסת לעבד עברי ולאחר שנשתחררה כולה בא אחר וקידשה הרי זה ספק מקודשת לבניהם מטעם דמספקינן אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו או לא · ולמד זאת הרמב"ם מהך דשחט ואח"כ חשב לזרוק דמה לעכו"ם מפני שגם הך דהשב אח"כ לזרוק אין החזקת איסור דבהמה מסייעת אפילו קצת דנאמר הוכיח סופו על תחילתו דאין מחזיקין מאיסור לאיסור כלל · ובכל זאת מסתפקו החכמים אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו

או

או לא ופשקינן בה דאסורה מספק: כמו כן הלוה שפחה והלוה בת חורין ג"כ מקודשת לשניהם מספק כנ"ל באריכות לדעת הרמב"ם :

פרח ט אות ד

וזה עולה יפה לפי מה שמבואר ברמב"ם פרק ד' מהלכות שחיטה הלכה ד' דמשם משמע דהרמב"ם ס"ל דלא נקרא מומר עד שעבר שלשה פעמים וגם משמע מדבריו שם דגם אם עבד ע"א או חילל שבת בעינן ג"כ שיעבור שלשה פעמים אבל בלא"ה לא מיקרי מומר כמו שכתבתי לעיל מלשון הרמב"ם ודקדקתי זאת מלשונו וכיון דלא נקרא מומר עד שעבר שלשה פעמים אף גבי ע"א ולהכי אין מסייעת החזקת איסור דבהמה בכך דשחט וא"כ השב לזרוק לעכו"ם כיון דאיסור הבהמה הוא מאיסור תקרובת עכו"ם אם היינו אוסרין אותה וחזקת איסור דבהמה הוא איסור אחר ונקראת מחזקינן מאיסור לאיסור · אבל אי אמרינן דאם עבד ע"א רק פעם אחת הוא ג"כ מומר ושחיטתו נבילה מצד מומר · וא"כ אם אנו דנין דהוכיח סופו על תחילתו לא הוי זביחה כלל וקיימא בחזקת שאינה זבוחה · ושפיר מסייעת החזקת איסור דבהמה להיות אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ולא נקרא מחזקינן מאיסור לאיסור כי נקראת איסור אחד ממש · וזאת מבואר בדברי הגאון הנ"ל שכתבתי לעיל ולפי הנחה זאת לא יוצדק דברינו לפי מה שמשמע מדברי הרמב"ם (בפרק שלישי מהל' מעשה הקרבנות הל' ד') וזה לשונו ישראל שהוא מומר לעכו"ם או מחלל שבת בפרהסיא אין מקבלין ממנו קרבן כלל אפילו העולה שמקבלין אותה מן העכו"ם אין מקבלין אותה מן המומר הזה שנאמר אדם כי יקריב מכם קרבן מפי השמועה למדו מכם ולא כולכם להוציא את המומר · אבל אם היה מומר לשאר עבירות מקבלין ממנו כל הקרבנות כדי שיחזור בתשובה · היה מומר לעבירה והוא מפורסם וידוע לעשותה והורגל בה בין להכעיס בין לתיאבון אין מקבלין ממנו קרבן לאותה עבירה כיצד כגון שהיה רגיל לאכול חלב בין להכעיס ובין לתיאבון ושגג ואכל חלב והביא חטאת אין מקבלין אותה ממנו עכ"ל · דמשמע מדברי הרמב"ם אלו דאם עבד ע"א אפילו רק פעם אחת או חילל שבת רק פעם אחת נקרא מומר לכל התורה כולה מדכתב בסוף דבריו היה מומר לעבירה כו' והורגל בה וכו' דמשמע דדוקא בזה בעינן הורגל אבל גבי מומר לע"א או לחלל שבת לא בעינן הורגל והבעל משנה למלך פרק שלישי הלכות שגגות הל' ז' הקשה דברי רמב"ם אהדדי שדבריו בהלכות מעשה הקרבנות סותר דברי עצמו מה שכתב בהל' שחיטה ולא כתב שום תירוץ ע"ז :

ונלפענ"ד ליישב בדקך נכון ומתחילה אכתוב היסוד שלא יהיו דבריו סותרים וא"כ אכתוב מנין ליה להרמב"ם כל החילוקי דינים היוצאים מתוך יסוד הזה שבהלכות שחיטה בהל' י"ד מיירי במומר לתיאבון בין לשאר דברים בין לע"א דברים הל' זו כתב דבמומר כזה מהני בדיקת הסכין ומותרין לאכול משחיטתו מה ששחט בינו לבין עצמו וזה הדין דוקא במומר לתיאבון אבל במומר להכעיס לא מהני בדיקת הסכין · וגם אחרים רואים אותו אי מהני אי לא יש מחלוקת הפוסקים וזה אין צריך ראיה שמבואר זאת כמעט בכל הפוסקים ובשמעתין א"כ תיקף בהלכה זו · ואם היה מומר לעכו"ם כו' משמעות ג"כ איירי במומר לתיאבון דזה אין סברא שבראשית דבריו מיירי לתיאבון וסוף דבריו יהיה מיירי בעושה להכעיס · וא"ת למה סתם הרמב"ם זאת דמיירי במומר לתיאבון דהרמב"ם ביאר לנו בהלכה ט"ו דמיירי במומר לתיאבון שכתב שם שאינו מניח דבר מותר ואוכל דבר איסור כו' וזה נקרא מומר לתיאבון לכן בעינן דוקא שעבר שלשה פעמים בין לשאר עבירות ובין לע"א דלא מיקרי מומר עד שעבר שלשה פעמים אבל בהלכות מעשה הקרבנות מיירי שהוא מומר לע"א להכעיס לכן סגי אף כשיעבוד ע"א או יחלל שבת פעם אחת הוא מומר לכל התורה כולה · וכי תימא דמנין לנו שהרמב"ם מיירי במומר להכעיס דהרמב"ם גילה לנו זאת בסוף דבריו שכתב היה מומר לעבירה ומורגל בה בין להכעיס בין לתיאבון וכו' ואי תימא דברישא דבריו מיירי ג"כ לתיאבון לא היה לו לפרש בסוף דבריו דמיירי בין לתיאבון בין להכעיס ואדרבה ברישא דבריו היה לו לפרש ולהשמיע ישראל שהיה מומר לעכו"ם או לחלל שבת בפרהסיא · בין להכעיס ובין לתיאבון כו' וע"ז יהיה קאי כל החלוקים שמבאר א"כ אלא מדפירש בחלוקה אחת שמיירי בין להכעיס בין לתיאבון משמע דוקא דזה הדין מיירי בין להכעיס בין לתיאבון אבל שאר דינים המבוארים לעיל מזה מיירי דוקא שעושה להכעיס · נמצא למידין מיישוב דברי הרמב"ם אלו שאם עובר לתיאבון לא מיקרי מומר עד שיעבוד ע"א ג"פ ואם עושה להכעיס סגי שיעבוד ע"א או יחלל שבת פעם אחת מיקרי מומר לכל התורה כולה · ועתה דברי הרמב"ם מיושבים שפיר ואין סתירה בדבריו כלל · וכי תימא מנין ליה זה דלתיאבון בעי ג"פ ולהכעיס סגי בפעם אחת נראה לפי עניית דעתי להוכיח מן הגמרא זאת דאיתא בחולין (דף ל"ט ע"א) השוחט את הבהמה לזרוק דמה לעכו"ם כו' ר' יוחנן אמר פסולה ורבי שמעון בן לקיש אמר מותרת רבי יוחנן אמר פסולה מחשבין מעבודה לעבודה כו' רבי שמעון בן לקיש אמר מותרת אין מחשבין מעבודה לעבודה כו' ואמרינן בסנהדרין (דף ס"א ע"א) ע"כ לא קא שרי ריש לקיש אלא בהמה אבל גברא בר קטלא מידי דהוי אמשתחוה להר דהר מותר ועובדה בסייף עכ"ל הגמרא · והיה קשה ליה להרמב"ם אמאי אמר ריש לקיש דמותרת הבהמה הא מומר הוא כיון דגברא בר קטלא הוא וקושיא זו הקשה הרשב"א בחידושיו לחולין · וניחא ליה דלא נקרא מומר עד שיעבוד שלשה פעמים וריש לקיש מיירי דלא עבד רק בפעם הזאת ואינו סובר כדעת הפוסקים דמחלקין בין עובד ע"א באותה שחיטה דלא נקרא מומר · אבל אם כבר עבר פעם אחת נקרא מומר אלא סובר כדעת הפוסקים דלא מחלקים בין אותה שחיטה לאם עבר קודם פעם אחת כדעת התוס' בחולין (דף י"ד ע"א) תוספות דבור המתחיל השוחט בשבת עיי"ש ודו"ק וכן יש הרבה פוסקים שאין מחלקים וכן משמע מפירוש המשניות להרמב"ם שם שאין מחלק עיין שם ודו"ק · ולפ"ז מוכח דלא מיקרי מומר עד שיעבוד ע"א או יחלל שבת בפרהסיא שלשה פעמים אז מיקרי מומר לכל התורה כולה וצריכין אנחנו עוד לבאר דברי הרמב"ם מנין יצא לו שאם עבד ע"א או חילל שבת בפרהסיא להכעיס אפילו פעם אחת מיקרי מומר · ומקודם אבאר דברי הרמב"ם שפסק בפרק שני מהל' שחיטה הל' י"ד וז"ל השוחט לשם הרים לשם גבעות לשם ימים כו' אעפ"י שלא התכוין לעובדן אלא לרפואה וכיוצא בה מדברי הבאי שאומרים העכו"ם הרי שחיטתו פסולה אבל אם שחט לשם מזל הים או מזל ההר כו' לכוכבים ומזלות וכיוצא בהן הרי זה אסורה בהנאה ככל תקרובת ע"א עכ"ל ולכאורה צריכין אנו להבין מנין ליה להרמב"ם זאת למה לא פירש כפירש"י על הגמרא שאביא למטה כי לפי הנראה פירוש רש"י מוכרח יותר · ועיין בנושאי כליו של הרמב"ם מה שהקשו על פירוש הרמב"ם ומה שתירצו · ונראה לפי עניית דעתי דהרמב"ם הוכיח פירושו דאיתא שם בגמרא (דף מ' ע"א) פסולה אין זבחי מתים לא ורמינהו השוחט לשם הרים כו' הרי אלו זבחי מתים אמר אביי לא קשיא הא דאמר להר הא דאמר לגדא דהר עכ"ל הגמרא ואי כפירוש רש"י דמיירי שמתכוין לעובדם אמאי צריך הברייתא לאשמועינן הרי אלו זבחי מתים דמשמע מזה דזבחי מתים אסורים בהנאה הא ידעינן זאת מכבר אף אם לא ישמיענו הברייתא רק דהברייתא ישמיענו דזאת נקראת זבחי מתים דהו"א דלא נקראת זבחי מתים וכיון דידעינן דהרי אלו זבחי מתים ממילא ידעינן דאסורין בהנאה וכן משמע שם מפירוש רש"י דבור המתחיל זבחי מתים כו' ואי מיירי דמתכוין לעובדם איך נוכל לטעות דלא נקראת זבחי מתים דהברייתא איתא שם השוחט לשם הרים כו' לשם חמה ולבנה כוכבים ומזלות כו' ואם חמה לא

מיקרי

מיקרי ע"א מי נקרא הלא מפור' בתורה אם ראית את השמש ואת הירח וגו' ומפני זה פירש הרמב"ם דמיירי דנתכוין לרפואה ובאר דברי הגאי כיוצא בה · והדין כך אם שוחט לגדא דהר לרפואה מחלפא בתקרובת עכו"ם ותקרובת עכו"ם אסור בהנאה משו"ה אף לרפואה אסור בהנאה ולזה אמרו בברייתא הרי אלו זבחי מתים דהוה אמינא דלא נקרא זבחי מתים כיון דלא שחט כי אם לרפואה משמיענו הברייתא דהרי אלו זבחי מתים משום דמחלפא בתקרובת עכו"ם ותקרובת עכו"ם ידעינן מכבר דאסור בהנאה ואם שוחט לשם הר לרפואה לא אסרוהו רק באכילה בלבד משום דלא מחלפא בתקרובת עכו"ם דהא לא נעשה ע"א · ומפני מה אסרוהו באכילה מוצרכים אנו לומר משום דמחלפא דהרואה יאמר דמתכוין לעבוד את ההר לככבים ובמתכוין לעובדם מיתתו בסייף כדאמרינן בסנהדרין (דף ס' ע"א) והבאתי לעיל · והעובד ע"א לככבים אפילו בפעם אחת מיקרי מומר לפי דעת הרמב"ם · לכן אסרוהו באכילה אף כששוחט לרפואה לשם הר משום חשש הרואים וזאת הסברא ניחא אם נאמר דנעשה מומר כשעובד ע"א לככבים אף בפעם אחת אבל אי אמרינן דאף לככבים בעינן ג"פ למה אסרוהו באכילה דהא השתא ליכא חשש רואים דאפילו אם הרואה יחשוב בהוא מתכוין לעובדה לככבים ואפילו הכי מתירין אותה באכילה מה בכך כיון דלא נעשה מומר בפעם אחת ולכן הוכיח הרמב"ם דבעובד ע"א לככבים אפילו בפעם א' נעשה מומר · וא"ת מפני מה סובר הרמב"ם דמומר לתיאבון לעבוד ע"א בעינן הלשה פעמים ובפעם אחת לא נקרא מומר ושחיטתו מותרת הא היה לנו לאסור עכ"פ באכילה כמו באסרינן אם שוחט להר דהא שם נודאי מחלפא דהרואה יאמר דעובדה לככבים · זה אינו דהא דסובר הרמב"ם דבעינן שיעבוד ג"פ אבל בפעם אחת שחיטתו מותרת היינו מה שיהושע מכאן ואילך בכשרות ואינו אומר שהוא שוחט לשם הר אבל זאת השחיטה עצמה ששחטה לשם הר אף אם שחטה לתיאבון ודאי אסורה באכילה משום דמיחלפא דהרואה יאמר דעושה לככבים ונקרא מומר · בכל · ולפי הדברים האלה נתבאר דדעת הרמב"ם כשעובד ע"א לככבים נקרא מומר אף כשעובד ע"א רק פעם אחת וא"כ אין דברינו עולה יפה דמה שכתבנו שמפני זה פסק הרמב"ם דחליה שפחה וחליה בת חורין המאורסת לעבד עברי ולאחר שנשתחררה בא אחר וקידשה דמקודשת לשניהם מספק וכתבנו שם שטעם הרמב"ם משום דיש ספק אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו אי לא ולמד זאת מהך דשחט ואח"כ חשב לזרוק דמה לעכו"ם בשם מבואר בגמרא שלא אמרו בה לא איסור ולא היתר משום דמספקי להו אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו אי לא הלא אינה דומה זה לזה דבשלמא התם מספקינן אולי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו משום דשם החזקת איסור דבהמה מסייעת להך חזקת דרשע לפניך ומשו"ה מספקי להו אולי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ומפני זה לא אמרו בה לא איסור ולא היתר להתירה באכילה · משום דאיכא תרתי לריעותא והתרי ריעותא מאיסור אחד הוא דהחזקת איסור דבהמה הוא חזקת איסור אבר מן החי לשיטת רש"י ולשיטת התוס' היא חזקת נבילה כמבואר בכמה מקומות ואחד מהן בשבועות (דף כ"ד ע"א) בתוס' ד"ה אוכל נבילה כו' והחזקת דהרשע לפניך ונקרא מומר ג"כ שחיטתו נבילה ולשיטת רש"י ע"כ מחזקינן מאיסור אבר מן החי לאיסור נבילה כדאמרינן בכמה מקומות בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת לכן אם נולד ספק בשחיטה הרי זה ודאי נבילה · ולשיטת התוס' הוא איסור אחד ממש איסור נבילה · לכן לא רצו להתירה כי אולי אמרינן שהוכיח סופו על תחילתו · אבל בהחליה שפחה והליה בת חורין אין שום חזקה מסייעת להיות אמרינן הוכיח סופו על תחילתו דלא תהא מקודשת אלא אדרבא יש חזקה דהיתה מקודשת עד עכשיו כמו שכתבנו למעלה בארוכות · וכ"ת דהרמב"ם יפרש במה שלא אמרו בה לא איסור ולא היתר היינו לענין הנאה · ולפ"ז יהיה ניחא דברינו דהכתי תקשי דמנא ליה להרמב"ם לפרש כן דילמא הפירוש כפירוש רבינו ירוחם שפירש במה שלא אמרו בה לא איסור ולא היתר היינו לענין אכילה ולענין אכילה יש תרי חזקות כדלעיל · אך לא על דברינו לבד קשה זאת כי לפי שיטת הסוברים דבפעם אחת כשעבד ע"א נעשה מומר ולפי מה שכתב התבואות שור בסימן ב' אות ל"ב דמוכח בגיטין (דף ל"ה) דלא קאי הסברא דהשב ואתאי ולכן לא מייתי לה נמי בסוף קידושין וכ' כדמשני בנדה דשאני הכא דאיכא תרתי · הוו מסברא דהשב ואתאי וכן כתב בספר קצות החושן (סימן ל"ד ס"ק ה') · א"כ למה לא אסרוהו באכילה בודאי הא יש תרתי לריעותא ואיסור חד הוא · וכי תימא דהם יפרשו דהברייתא מיירי לענין איסור הנאה ושם לא יש שום חזקה המסייעת · הכתי קשה אמאי דמפרש רבינא שם דמשום הכי לא אמרו לא איסור ולא היתר משום כבודו דרשב"ג דאיתא בברייתא המובא שם הכותב נכסיו לאחרים והיה בהם עבדים ואמר הלה אי אפשי בהם אם היה רבו שני כהן הרי אלו אוכלין בתרומה רשב"ג אומר כיון שאמר הלה אי אפשי בהם כבר זכו בהם יורשים והוינן בה כו' כי פליגי שזוכה לו על ידי אחר ושתק ולבסוף צווח ת"ק סבר מדשתק קנינהו והאי דקא צווח מיהדר קא הדר בי'. ורשב"ג סבר הוכיח סופו על תחילתו כו' עכ"ל הגמרא · ואי מפרשינן דהא דלא אמרו בה לא איסור ולא היתר לענין איסור הנאה קשה מפני מה לא אמרו בה היתר דהא דרשב"ג ס"ל הוכיח סופו על תחילתו וזכו בהם יורשים דהתם יש חזקת ממון ליורשים שמקודם היו העבדים של אביהם משו"ה אמר רשב"ג הוכיח סופו על תחילתו משום דיש חזקת ממון המסייעת להם אבל בשחט ואח"כ חשב אם נפרשה שמיירי לענין איסור הנאה ליכא שום חזקה המסייעת לה · וא"כ אף לרשב"ג יכול להיות דמותר בהנאה · אך מה שהקשינו לשיטת הסוברים דנקרא מומר אפילו כשעבד עבודת אלילים רק פעם אחת יכולים אנו לתרץ באופן שכתבנו לעיל דהברייתא אתיא כרבי שמעון דסובר בריש נדה דאף דהיכי דאיכא תרתי לריעותא בכל זאת לא מחזיקינן למפרע רק מגד ספק ולפ"ז מיירי המעשה דקיסרין דלא אמרו בה לא איסור ולא היתר לענין אכילה ואי תיקשי לך כיון דהברייתא אתיא כרבי שמעון דסובר דרק ספק הוא אם נחזיק אותה למפרע מפני מה פירש רבינא שלא אמרו בה היתר משום כבודו דרשב"ג דהא מפני טעם אחר אסורה מספק משום דיש תרתי לריעותא כיון דמיירי לענין אכילה נוכל לתרץ זאת דאי לאו דרשב"ג היו מתירין אותה משום דאיכא ס"ס · ספק אם היה מומר בשעה ששחט או שמא נעשה מומר אח"כ כשחשב לזרוק דמה לעכו"ם והספק השני אף אם תמצא לומר שהיה מומר אף בעת ששחט שמא שחט שפיר כי המה סוברים כסברת ריא"ז בשלטי גיבורים ריש הולין דישראל מומר לכל התורה כולה אינה כעכו"ם רק דלא מהמנינן ליה אם שחט יפה וכסברת הר"ן המובא בחידושי רבי עקיבא ביו"ד (סימן ב' אות ו') והבאתי דבריהם לעיל עיי"ש לכן הוצרך רבינא לומר שלא אמרו היתר משום כבודו דרשב"ג ולפי דברי רשב"ג מחשבתו היה בשעה ששחט לעבודת אלילים דס"ל הוכיח סופו על תחילתו משו"ה לא אמרו בה היתר וכי תימא מנא ליה לרבינא דהברייתא אתיא כרבי שמעון · משום דס"ל דהלכה כר"ש לכן מוקמי הברייתא דמעשה רב כהלכתא · וכי תימא דהא כתבתי לעיל דאין סברא לומר דהלכה כר"ש משום דיחידאה הוא ורבנן פליגי עליה דהא הזינן דהרמב"ם בפרק ה' מהלכות תרומות הלכה כ"ד פסק ג"כ כרבי שמעון (ועיין שם בכסף משנה הטעם ועיין במשנה למלך פרק עשירי מהל' מקוואות דין זיין מה שהובא בשם הרשב"א בחידושיו לנדה ועיין בספר בד שמעתתא שמעתא ג' פרק ב' בנראה מסוף דבריו דהרמב"ם פוסק כר"ש והאריך ליישב למה פסק הרמב"ם גבי מקוה דטמאות בין ברה"ר בין ברה"י) · ובודאי יש בענין זה תירוצים שונים ואין הספרים בידי וכיון דהרמב"ם פוסק כר"ש לפי זה נוכל לייהם שהסוברים בבפעם אחד הוה מומר סוברים ג"כ כשיטת הרמב"ם דפסק כר"ש כל זה כתבתי לפי דבריהם אך

נראה

נראה לפענ"ד דהרמב"ם אין שום סברה כלל אם פוסק כרבנן או כר"ש :

פרח ט אות ה

ומה שהקשו בסותרים דברי הרמב"ם אהדדי שבהלכות תרומות פרק ה' ה"ל כ"ד פסק דהבודק את החביות והניחם להפריש תרומה על אחרים עד שתעשה כולה תרומה ויתננה לכהן ולאחר זמן בדקה ומצאה חומץ מעת שבדקה תחילה עד ג' ימים ודאי יין וכל יין שהשב אותן הימים בהתרומה שלו בחביות זו הרי הוא מתוקן מכאן ואילך ספק וצריך להפריש ממנו תרומה שניה עכ"ל ובפרק שעירי מהל' מקוואות ה"ל ו' הטמא וכו' וכן מקוה שנמדד ונמצא חסר בין שהי' המקום בר"ה ובין שהיה ברה"י כל הטהרות שנעשה על גבה למפרע טמאות · ובריש נדה רמי הגמרא חביות אמקוה מאי שנא הכא ודאי ומאי שנא הכא ספק ומתרץ הגמרא אמר רבי חנינא משורא מאן תנא חביות רבי שמעון וגבי מקוה נמי ספק משום לה כו' עכ"ל הגמרא ולפי זה הרמב"ם פסק גבי חביות בהלכות תרומות דאם בדקו אח"כ ונמצאת חומץ עד ג' ימים כו' מכאן ואילך ספק וצריך להפריש ממנו תרומה שניה אף דאיכא תרתי לריעותא הרי החמיץ לפניך והעמיד טבל על חזקתו נגד החזקת יין ואפ"ה פסק דהוה ספק משום דפוסק כר' שמעון · וגבי מקוה פסק דטמא אף אם היה המקוה ברשות הרבים אף דקיל"ן דספק טומאה ברה"ר ספיקו טהור ואפילו הכי סובר דטמא ברה"ר משום דיש תרתי לריעותא הדא הרי המקוה חסר לפניך · שנית העמיד טמא על חזקתו נגד חזקת המקוה שהיתה שלימה מתחילה והוה כמו ודאי כמו בסוברים רבנן דר' שמעון · ולפי זה דברי הרמב"ם סתרי אהדדי · ונראה לי לתרץ בדרך נכון וברור דברי הרמב"ם · דהנה איתא בחולין (דף ט' ע"ב) אמר ליה אביי ולא שאני בין איסורא לטומאה והא אילו ספק טומאה ברה"ר ספיקו טהור ואילו ספק מים מגולין אסורין ה"ל התם הלכתא גמירי לה מסוטה מה סוטה ברה"י אף טומאה ברה"י עכ"ל הגמרא · ונראה לפי עניית דעתי דהסוגיא דריש נדה אזלא אליביה דאביי דחולין הנ"ל אבל אליביה דרבא דסובר דהא דקיל"ן ספק טומאה ברה"ר טהור היינו דילפינן זאת מסוטה וגזרת הכתוב · וכדפירש"י בחולין שם אליביה ליכא שום קושיא מחביות אמקוה דהא כתבו התוס' בחולין (דף פ"ו ע"ב) ד"ה שמוך כו' וליכא למימר אע"ג דהוה ספק מ"מ לא גמרינן מסוטה לטהר אלא בפלגא ופלגא וכו' עכ"ל · פירוש לדבריהם דלא ילפינן מסוטה דספיקא ברה"ר טהור אלא היכא דשני הצדדים היינו לטהר ולטמא צדדים שקולים הם · אבל היכא דהצד לטמא יותר גדול מהצד דלטהר זאת לא נוכל למילף מסוטה לטהר · עיי"ש בתוס' ותראה כונתם בעליל · וכיון דיש במקוה תרתי לריעותא לטמא נגד הדא חזקת המקוה דהיתה מתחילה שלם שהוא לטהר זאת לא נוכל למילף מסוטה לטהר · משו"ה היתה המשנה גבי מקוה דטמאות אף ברה"ר ומה שמטמאינן ברה"ר הוא רק מספק וכמו שמסיק הש"ש במעתתא שם דלבון טמאות אינה מורה דוקא ודאי טומאה · וכן משמע מדברי רש"י ז"ל עיי"ש ותמצאנו · ולפי זה נוכל לומר דהמשנה דמקוה אתיא כר"ש אף שסובר גבי חביות דתרומה דהיכא דאיכא תרתי לריעותא הוה רק ספק · בכל זאת יכול לסבור גבי מקוה דטמא אף ברה"ר דכיון דיש תרתי לריעותא לא הוי הצדדים שקולים לא ילפינן מסוטה · ולפי זה דהגמרא רמי חביות אמקוה אזלא אליביה דאביי שסובר בחולין שם דספקו ברה"ר טהור הוא מצד הסברא כמו שכתב הרשב"א בחידושיו לחולין שם בד"ה א"ל אביי כו' וז"ל שם ותירץ רבינו הרב ז"ל דמים מגולים בטלה חזקתן כו' · ואפילו הכי ס"ל לאביי דכל ספק איסור שהאיסור תלוי במקרה הבא לו אעפ"י שאין שם חזקה טהרה וכההיא דמקואות דאמר ר"ש מקוה שנמדד ונמצא חסר כל טהרות שנעשו ע"ג למפרע ברה"ר טהורות ואעפ"י שאין שם חזקת טהרה · שאם אתה אומר · העמד מקוה על חזקתו והשתא הוא דחסר · אדרבה העמיד טמא על חזקתו ואימר לא טבל · והתיכה ספק חלב ספק שומן שהוא אסור שאין הספק תלוי במעשה אלא מעולם היתה התיכה זו או חלב או שומן ולא ידענו לה היתר מעולם · ואינה דומה לספק טומאה ברה"ר שאנו מסופקים אם נתהוה שם טומאה וכן במקוה שאנו מסופקים בשעה שטבלו טהרות ע"ג אם כבר נתהוה שם מקרה · והסר כו' עד כאן לשונו · וכעין סברה הזאת כתב הש"ך בחו"מ סימן מ"ו ס"ק ק"ז בהלוה או המוכר שטוענים שהשטר נעשה על תנאי שהמלוה או הלוקח עשה כך וכך ועדים מעידין כדבריהם בטל השטר כל זמן שאין בעל השטר מברר שעשה כך וכך · וכן משמע מפרש"י כו' · ומשמע הא אם היה התנאי בשב ואל תעשה והלוה טוען שעבר על התנאי השטר בתקפו וכן נראה מדברי הריטב"א כו' וכן כתב ר"ן פרק מי שאחזו והמחבר לקמן סימן רמ"ה סעיף י' כו' עכ"ל הש"ך · וה"נ כ"ז שלא נודע לנו בבירור שעשה ההתהוות אומרים שלא נעשה ולא מצריכין לשום חזקה · וכיון שכן אף שאין הצדדים שקולים · גבי מקוה כיון דלר"ש מיקרי ספק צריך להביא ראיה שנולד הדבר הזה במקוה נחסרה בשעה שטבל · אבל כ"ז שלא נודע לנו בבירור שנחסרה מקודם שטבל אמרינן במקוה שלימה טבל וכן גבי חביות שהיתה מתחילה יין וצריך התהוות שנעשה כחומץ · וזהו רק אליביה דרבי שמעון דתרתי לריעותא מיקרי רק ספק בעלמא · אבל אליביה דרבנן דסוברים דתרתי לריעותא מיקרי ודאי הוה כנודע לנו בבירור שבשעה שטבל הוה המקוה חסירה וכן גבי יין שבשעה שהופרש הוה חומץ · וטעמא דרבא שפליג על אביי בזה הסברא אכתוב לקמן · זאת ועוד אחרת נראה לי להוכיח בראיה יותר ברורה מזה דלרבא לא מצי קאי קושית הש"ס דחביות אמקוה מהגמרא (דפסחים דף ט' ע"א) דאיתא שם אמר רבא כאי מאי בעלמא התם אימר הוה אימר לא הוה ואם תמצא לומר הוה אימר אכלתיה אבל הכא דודאי דחזינן דשקל מי יאמר דאכלתיה הוה ספק וודאי · ואין ספק מוציא מידי ודאי : ופריך הגמרא ואין ספק מוציא מידי ודאי והא תניא חבר שמת כו' וקאתי ספק ומוציא מידי ודאי כו' והאי בעית אימא ספק וספק הוא דילמא מעיקרא אימר דלא טבילי כר' אושעיא · דאמר ר' אושעיא מערים אדם על תבואתו ומכניסה במוץ שלה כדי שתהא בהמתו אוכלת ופטורה מן המעשר · עכ"ל הגמרא · ולפי הך שינויא אליביה דרבא לא קשה כלל חביות אמקוה דגבי חביות ליכא תרתי לריעותא דהדא מהך ריעותא העמיד טבל על חזקתו · כי יכול להיות שמעולם לא היה חזקת טבל · כיון שקנה מאחר או נפל לו בירושה דיל"ל דעביד כר' אושעיא ולא היה טבל מעולם כלל · כי אינו מחויב להפריש תרומה ומעשר כלל ואף דר' אושעיא לא אמר רק כדי שתהא בהמתו אוכלת דמשמע דלאדם אסור לאוכלו הוא רק מדרבנן עיין שם בתוס' ד"ה כדי · וכן מבואר בתוס' בכמה מקומות וכן כתבו התוס' בהדיא בבכורות (דף כ' ע"א) בד"ה ואי בעית אימא כו' וא"ת בפרק הזהב גבי המשה חומשים הן משמע דדמאי הוה מדרבנן אפילו לר' מאיר כו' ולמה אינה טבל דאורייתא דסמוך מיעוט דאין מעשרין לחזקת טבל · ויש לומר דאין זה חזקה דדלמא כר' אושעיא עבדה שהכניסה למוץ ועוד דאין להחזיק שום אדם רשע בשביל מיעוט שאין מעשרין עד כאן לשונו · וכיון דליכא תרתי לריעותא משום הכי הוה ספק · אבל גבי מקוה דאיכא תרתי לריעותא הוה ודאי · אלא ודאי דסוגיא דגמרא דריש נדה לא אזלא אליבי' דרבא ואתיא כתירוץ הראשון של הגמרא בפסחים שם דגם גבי טבל אמרינן דהוה ודאי · לכן מוכח מהוכחה ראשונה דלא פסקינן כהסוגיא דריש נדה דקשיא חביות אמקוה משום דאזלא אליבי' דאביי כמו שכתבתי וידוע דאביי ורבא הלכה כרבא וכ"ש דהא חזינן לעיל דאזלא הסוגיא דגמ' דריש נדה אליבי' דאביי מהאמת הלכתא כרבה כאביי · ומה שלא תבינן ביש"ל ק"ס משום דהתם לא תבינן אלא

במאי

במאי דפליגי אביי ורבא בהדיא באיזו דין הא לא מצינן אלא בהנך הלכות דיע"ל קג"ס · אבל במאי דלא פליגי בהדיא רק במוכיחים אנחנו מעצמינו דפליגי באיזה דין ע"ז נוכל לומר שיש עוד איזה דין דהלכתא כאביי · והדרן קושיתינו לדוכתי' למה לא פסק כאביי בזה כיון דחזינן דהסוגיא דריש נדה אזלא אליביה דאביי · אבל לפי עניית דעתי אין זה קושיא כלל על הרמב"ם שיש להרמב"ם סתמא דגמרא אחרת דאזלא אליבי' דרבא · ובתוך הדברים יבואר טעמא דרבא דאיתא בסוטה (דף כ"ט ע"א) אמר רב גידל אמר רב דבר שיש בו דעת לשאול ואין בו דעת לשאול מהאי קרא נפקא כו' ואיצטריך דרב גידל אמר רב ואצטריך למגמר מסוטה דאם מדרב הוה אמינא בין ברה"י בין ברה"ר אצטריך למגמר מסוטה כו' עכ"ל הגמרא · וזאת הצריכותא לא אזלא אלא אליבי' דרבא דהא כבר כתבנו לעיל דמוכח מחולין דאביי סובר דלא מצרכינן למילף מסוטה דטהור ברה"ר אלא ידעינן מסברא כדכתב הרשב"א סברת אביי כדהבאתיו לעיל והלכתא גמירי לה מסוטה מצריכינן לה לטמא ברה"י · הואיל דסבירא ליה לאביי כסברת הסתמא דגמרא דסוטה דצריכין אנו למילף מסוטה שטהור ברה"ר · דאי לא ילפינן מסוטה הוה מטמאינן אף ברה"ר בדבר שיש בו דעת לשאול מדרב גידל אמר רב · דא"כ מאי פריך אביי בחולין הנ"ל ולא שאני לן בין איסורא לסכנתא והא אילו ספק טומאה ברה"ר ספיקו טהור כו' דהא גם אליבי' צריכין אנו לומר דהא דברה"ר ספק טהור מפום דהלכתא גמירי לה מסוטה כדמשני שם רבא על דבריו · אלא אביי לא סבירא ליה הא דרב גידל אמר רב · דילפינן מקרא דדבר שיש בו דעת לשאול טמא ודבר שאין בו דעת לשאול טהור · אלא ילפינן זאת מסוטה · וכ"ת מנין לנו לעשות פלוגתא הדשה מה שלא מצינו בתלמוד מפורש דפליגי · לק"מ דהא חזינן בחולין שם מתיב רב שימא כו' ספק נגע בספק לא נגע ספיקו טהור ואילו ספק מים מגולים אסורין ומשני הגמרא התם נמי הילכתא גמירי לה מסוטה מה סוטה דבר שיש בו דעת לשאול אף ה"נ דבר שיש בו דעת לשאול עכ"ל הגמרא ואילו בסוטה שם יליף רב גידל אמר רב מקרא והכא בחולין אמר הילכתא גמירי לה מסוטה א"כ מוכח דפליגי בזה אי ילפינן דבר שיש בו דעת לשאול מקרא אי ילפינן מסוטה :

ונראה לי דלהכי הוצרך לתרץ בגמרא דילפינן מסוטה ולא משני דילפינן זאת מקרא דר"ג דהתרצן השיב לו לפי דבריו של ר' שימי · דר' שימי ודאי לא יליף מקרא דאי יליף מקרא א"כ מאי פריך הא נכתב בפירוש בתורה דדבר שאין בו דעת לשאול דטהור הוא דאיכא קרא דבכל טמא דודאי טמא · טמא · אבל ספק · טהור · ומוקמינן לדבר שאין בו דעת לשאול כדאיתא בסוטה הנ"ל · ונוכל לומר דגזרת הכתוב הוא כמו שגזרת הכתוב בדבר שיש בו דעת לשאול דטמא לפי דבריו · אלא ודאי דרב שימא סובר דלא ילפינן זאת מקרא רק ילפינן מסוטה וסובר רב שימא דהילכתא אתיא בדבר שיש בו דעת לשאול · אבל בדבר שאין בו דעת לשאול לא יש הלכתא רק דזאת ידעינן מסברא דטהור וכסברת הרשב"א שכתבתי לעיל לאביי וכסברא זאת סובר ג"כ ר' שימא · ולכן צריך ההלכהא לטמא בדבר שיש בו דעת לשאול · והתרצן השיב לו לפי דבריו של רב שימא אף דלפי דעתך לא ילפינן זאת מקרא דמקרא לא משמע מידי לפי סברתם · נוכל לומר דההוא ילפינן לה דבדבר שאין בו דעת לשאול טהור כמו דמשני הגמרא לעיל דיש הלכתא לטהר ברה"ר כמו כן יש הלכתא לטהר דבר שאין בו דעת לשאול דבודאי מצד הסברא לא ידעינן דטהור· וכיוצא בזה איתא בסוכה (דף כ"ח) שמוכיחין המורחים מסברת עצמם על מה אתיא הלכתא בקביות ובתירוצים עיי"ש · וא"ת לפי מה שכתבתי דאביי ורב שימא לא ילפי מקרא דרב גידל אמר רב דיש חילוק בין דבר שיש בו דעת לשאול ובין דבר שאין בו דעת לשאול קשה לאיזו צורך נכתב הקרא · דיש לתרץ דקרא אינו מיותר כדפירש רש"י בחומש ויקרא זיין כל טהור יאכל בשר מה תלמוד לומר לפי שנאמר

ודם זבחיך ישפך והבשר תאכל · יכול לא יאכלו שלמים אלא הבעלים לכך נאמר כל טהור יאכל בשר והפירוש הזאת איתא בתורת כהנים פ' ט פרשה ט' אות ח' · והקרא והבשר אשר יגע בכל טמא ודאי אינו מיותר כידוע · ורב גידל אמר רב לא יליף מיתורא דקרא רק ממשמעותיה דקרא דמשמע והבשר אשר יגע בכל טמא משמע ודאי טמא לא יאכל הא ספק טמא ספק טהור יאכל · והקרא דכל טהור יאכל בשר משמע ליה ודאי טהור הוא דיאכל בשר הא ספק טמא ספק טהור לא יאכל דמשמע כיון דנכתב טמא ודאי טמא וכיון דנכתב טהור ודאי טהור · עיין בחות דעת סימן ק"י בתחילת באות הספק דפירש ג"כ דליכא שום יתורא אלא דכל ליפנא דקרא משמעותיה על הודאי ולא על הספק וסתרי פוסקים אהדדי : לכן המציא רב גידל אמר רב דיש חילוק בין דבר שיש בו דעת לשאול ובין דבר שאין בו דעת לשאול ועי' עוד בפרה עשירי גמר התירוץ על הרמב"ם הזה · ואביי ורב שימי סוברים דיש חילוק אחר כי הם סוברים כסברת ר' ינאי דאיתא בע"א (דף ל"ז ע"ב) כי אתו לקמיה דר' ינאי אמר להו הא מיא בשיקעתא דבנהרא זילו טבילו פירוש דאם אתו לקמיה אנשים שנולד להם ספק טומאה ברה"ר היה מורה להם שיטבילו כיון דיכולים לטהר עצמם ואין מוגע להם · ונוכל לומר דאביי ורב שימי סוברים דהקרא והבשר אשר יגע בכל טמא גילה לנו כיון דלאוכלין לא מהני טבילה משום הכי בעינן ודאי טמא · אבל ספק טמא ספק טהור יאכל כיון דאין להם טהרה במקוה · אבל סופו דקרא כל טהור יאכל בשר דמיירי בטומאת גברא דבעינן שיהיה האדם האוכלו ודאי טהור ולא ספק טהור ספק טמא כדאיתא בתורת כהנים ובאדם אם נולד לו ספק טומאה מהני לי' טבילה ואין שום מניעה לפניו דהא יש מיא בשיקעתא לא יאכל הבשר עד שיטבול ויהיה טהור בודאי · אבל החילוק בין דבר שיש בו דעת לשאול ובין דבר שאין בו דעת לשאול דטהור זאת ילפינן מסוטה · וגם זאת סוברים דהא דספק טומאה ברה"ר טהור וספק טומאה בדבר שאין בו דעת לשאול דטהור זאת ידעינן מסברא וסברתם מבואר ברשב"א שהבאתי לעיל · ולא עשו ההלכתא רק לטמא ברה"י בדבר שיש בו דעת לשאול וזה מגזרת הכתוב לסברתם · אבל רבא סובר דגם ספק טומאה ברה"ר דטהור גם זה ילפינן מסוטה מצד גזרת הכתוב אבל מצד הסברא הוה אמינא דספק טומאה ברה"ר טמא דלא סבירא ליה כסברת אביי המבואר ברשב"א · וגם מצד אחר הוצרך לומר דלא ידעינן זאת רק מהלכתא דהוא סובר כרב גידל אמר רב דהחילוק בין דבר שיש בו דעת לשאול ובין דבר שאין בו דעת לשאול הוא משמעותיה דקרא כיון דקרא נכתב סתמא הוה אמינא דטמא בדבר שיש בו דעת לשאול ואע"ג דגבי ממזר דאמרינן דודאי ממזר הוא דלא יבא אבל ספק ממזר יבא מצריכין יתורא דקרא להא כמו שאיתא בקידושין (דף ע"ג ע"א) עיי"ש אבל מצינו סוגיא אחרת גבי עשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק עיין בבבא מציעא (דף ז' ע"א) ובבכורות (דף נ"ח ע"ב) ושם ליכא יתורא דקרא רק ממשמעותי' דקרא ילפינן דעל הודאי אמר רחמנא ולא על הספק וכה"ג מצינו סוגיות חלוקות כמ"ש התוס' בחולין (דף פ"ח) ע"א) ד"ה ורבי יהודא וכו' וז"ל שם לכן נראה שאין לדמות דרבות אלא מה שהש"ס מדמה כהיה דבתולים מקצת בתולים דמדמה בפרק אלמנה ניזונית פלוגתא דמקצת כסף ככל כסף דהוה ענין אחד כו' אבל שה מקצת שה דפליגי ר' אליעזר ורבנן ופלוגתא דרבי יהודא בן בתירא ורבנן בכל נפש וחמש ולא חצי חמש וחמשה בקר ולא חמשה חצאי בקר אין לדמותם יחד וכו' עכ"ל ומדברי התוס' אלו לא הבנתי מה שכתב הט"ז בהורח חיים בהלכות לולב סימן תרמ"ט ס"ק ג' גבי אתרוג המורכב דכשר וז"ל שם ואי משום שנתערב בו דבר שאין בו מעלת האתרוג אמאי לא מדמינן להסיא דאו"ב (דף ע"ט) בסוגיא דתיים הבא על הצביה דס"ל לרבנן דשה ואפילו מקצת שה אמרינן ה"נ אמרינן כיון שיש בו מקצת פרי עץ הדר ולא יזיק לו התערובות מידי אתרינא שבו · הלא בפירוש כתבו התוס' שאין

שאין לדמות הדרשות אהדדי אלא מה שמדמה הש"ס· ואח"כ מצאתי בספר אגודות אזוב בעמק סוכות בדלוש הרביעי שהביא בשם תשובות הרמ"א ובשם תשובות שבות יעקב שדחו ג"כ את סברת הט"ז מדברי התוס' הנלנו· [וגמר תירוץ על רמב"ם הנ"ל· יבואר בסוף הפרח דלקמן] :

פרח י אות א

אך נראה לפי עניית דעתי להכשיר האתרוגים המורכבים מטעם אחר אי בעית אימא סברא ואי בעית אימא מעתתא· אי בעית אימא סברא הלא לא נכתב בתורה ולקחתם אתרוג אלא כתיב בתורה ולקחתם פרי עץ הדר והש"ס בסוכה (דף ל"ה ע"א) פריך שם הגמרא ואימא פילפלין ומשני הגמרא דלא מיקרי פרי עץ הדר עיי"ש משום דלית ביה המעלות ברמזה התורה בלשון פרי עץ הדר והאי אתרוג המורכב בודאי יש לו כל המעלות שאיתא בש"ס שם המרומז בלשון פרי עץ הדר דא"כ מה להם לגדולי אחרונים לפסול אתרוג המורכב מטעמם שהמציאו זאת מרוחב דעתם· הלא פסולו מבואר בגמרא במקומה שאין לו המעלות המבואר שם בגמרא המרומז בלשון פרי עץ הדר· אלא ודאי דרשו וחקרו שיש לו כל המעלות ההם ונתנו סימנים אחרים לידע מה הפרש יש בין אתרוג המורכב לאתרוג שאינו מורכב (עיין במ"א סימן תרמ"ח ס"ק כ"ג) שם מבואר הסימנים ומה איכפת לנו שאין לו הסימנים ההם שאינו מבואר בגמרא ולא רמזה לנו התורה ואף אם לא יהיה אתרוג רק פרי אחרת ג"כ כשר כיון שלא כתב אתרוג בתורה רק שחכמים נקטו בלשונם אתרוג מפני שיש לו כל המעלות המרומז בתורה ואם ימצא פרי אחרת שיש לו כהמעלות ההם ג"כ כשר כמו שרצה הגמרא להכשיר פילפלין ועיין בט"ז שם שמבואר ג"כ קצת מעין סברתי אך רחוקים הם מקצה לקצה· ואי בעית אימא מעתתא דכשרים האתרוגים המורכבים· דהנה המהרי"ם אלשיך בתשובה סימן ק"י הכשיר אם הרכיב ענף מאילן האתרוג בלימו"ן מהא דאיתא בסוטה פרק משוח מלחמה (דף מ"ג ע"ב) ילדה שסככה בזקנה בטלה ילדה בזקנה· א"כ ה"נ בטלה ענף האתרוג בלימו"ן ושם הביא דברי הר"ן פ"ק דר"ה (דף ט') האי דתניא התם אחד המבריך ואחד המרכיב ערב שביעית שלשים יום לפני ר"ה עלתה לו שנה פירש"י למנין שני ערלה ומותר לקיימן בשביעית וכו' משמע דנוהג ערלה בהברכה והרכבה· ואילו בספרא תניא ונטעתם כל עץ מאכל פרט למבריך ומרכיב ותי' דהברכה אהברכה לא קשיא דהיא דספרא בשלא נפסקה מן האב והיא יונקת ממנו והא דהכא כשנפסקה וכו' וכל כה"ג נוהגת בה ערלה ומונה לה משעה שיונקת מעצמה ולא מן האב וכו'· ומרכיב אמרכיב נמי לא קשיא דהיא במרכיב באילן הנטוע למאכל· ומשו"ה לא נהגה ערלה בהרכבה דקי"ל בפרק משוח מלחמה ילדה שסככה בזקנה בטלה כו' ואפילו ילדה בילדה נמי לכי מטו שלש לילדה ראשונה שניה נמי שריא· והכי מוכח התם [ר"ל בסוגיא דפרק משוח מלחמה הנ"ל וכוונתו מדלא מוקי התם ילדה בילדה ואחר הנטיעה עברו שני ערלה ובעי לילדה ראשונה ומשניה עדיין לא עברה] והא דהכא בשנטעה לראשונה להייג ולקורות לפי שאין בראשונה משום ערלה כלל משו"ה אין זו בטילה לגבה עכ"ל· ואנכי אדון בדבריו כאחד מהתלמידים הקטנים שרוצים להבין דבריו כי אנכי לא אבין דבריו· בתחילה נחקור אם היניקה שיונק הענף המורכב אם הוא יונק מן האילן או יונק מן הקרקע· ולפי דעתי בודאי יונק מן הקרקע ולא מן האילן שאם היה יונק מן האילן בודאי לא היה בענף המורכב נוהג ערלה ולמה הוצרך הגמרא לומר ילדה שסככה בזקנה בטלה ילדה בזקנה דמשמע דדוקא משום דבטלה הילדה בזקנה הוא דאין בה דין ערלה אבל בלא זה היה נוהג בה דין ערלה· הא אף אם לא בטלה ג"כ אין בה דין ערלה כיון דהזקנה כבר עברה שלש שנים נמצא שהילדה יונק מיניקה שעברה שלש שנים· ואין לומר דאזלינן בתר ענף כיון דענף יונק יניקה חדשה· דא"כ אף אב נימא דבטלה הילדה בזקנה מה בכך כיון דאזלינן בתר ענף והא ענף יונק יניקה חדשה· אלא ודאי דהענף יונק מן הקרקע משו"ה הוצרך הגמרא לומר אף דהענף יונק מן הקרקע בכל זאת קודם שבא היניקה לענף בא קודם בזקנה ובטלה יניקת הילדה בזקנה· ועוד נחקור אם היניקה בא לכל האילנות ד"מ לאתרוג וללימו"ן בשוה ואינם משונים יניקתם זה מזה בטעמם רק טעמם של יניקתם שוים אלא אח"כ כשבא היניקה לאילן אתרוג הוא מוציא אתרוג ולאילן לימ"ן הוא מוציא לימו"ן או שיניקתם אינם שוה שאילן אתרוג הוא מוציא יניקתו מן הקרקע טעם אתרוג ואילן של לימ"ן מוציא טעם לימו"ן וכן כל אילן ואילן מוציא טעם יניקתו כמו טעם האילן ההוא :

ולכאורה היה נראה לי להביא ראיה מן הגמרא דכל אילן ואילן מוציא יניקתו מן הקרקע טעם פירות שלו ואין יניקתם שוה· דאיתא בבב"ק (דף נ"ב ע"א) שמואל אייתא ליה אריסיה תמרי אכל טעם בהו טעמא דחמרא א"ל מאי האי א"ל ביני גופני קיימי א"ל מיכחשו בהמרא כולי האי למחר אייתי לי מקורייהו עכ"ל הגמרא ואי אמרינן דיניקתם שוה בכל האילנות רק כשבא לאילן האילן משנה טעם היניקה· היכי יכול להיות שילך טעם הגפן בתוך התמרים אלא מסתמא האילן מוציא טעם יניקתו מן הקרקע כפי מה שהוא לכן יכול להיות שיונק אילן התמרים מן יניקת הגפן שיש בה טעם גפן· אך זאת יש לדחות דמבואר (בשו"ע יו"ד סימן רנ"ה סעיף ה') וז"ל דוקא בזמורות הגפן מפני שהיא רכה ושרשי הזרעים נכנסין בה ועיין בביאור הגר"א ס"ק ב' שכן מבואר בירושלמא· ובפירוש הרא"ש שם וכן כתבו התוס' בבא בתרא· לפי זה נוכל לומר שטעם יניקתן מן הקרקע שוים בכל האילנות ומה שמבואר בגמרא בתמרים יש טעם הגפנים היינו משום ששרשי אילן התמרים יונקים משרשי אילן הגפן מפני שרכים הם· אבל נראה לפענ"ד להוכיח שכל אילן ואילן מוציא טעם יניקתו מן הקרקע כפי מה שהוא· הדא מדאמרינן בגמרא ילדה שסככה בזקנה בטלה הילדה בזקנה ואין בה דין ערלה עכ"ל הגמרא· משמע דהגמרא אמר הטעם דמשו"ה מותרת הילדה אבל הזקנה מותרת בלאו הכי ולא מצריכינן ע"ז הטעם שהילדה בטלה בזקנה מדאמרינן בגמרא ואין בה דין ערלה ולא אמרינן ואין בהם דין ערלה דיהיה משמע דקאי זאת הטעם גם על הזקנה דמשו"ה מותרת אלא ודאי דהזקנה מותרת בלאו הכי ואי אמרינן דטעם יניקתן מן הקרקע שוין בכל האילנות א"כ' אין יניקת ענף המורכב מיוחד· שיניקת הענף מה שיש בו הוא היניקה עצמה שהוציא הענף מן הקרקע כיון שיניקתם שוה ומי הלק ליה שיצא לו יניקתו שינק מן הקרקע· וא"כ נוכל לומר שיניקת הילדה נשארה בזקנה ויניקת הזקנה הלכה לה להילדה· ולפ"ז היה לנו לאסור גם הזקנה אלא משום דבטלה הילדה בזקנה ומשו"ה יהיה מותרת הזקנה והוה ליה להגמרא לומר ואין בהם דין ערלה שיהיה קאי הטעם דבטלה גם על הזקנה· אלא ודאי דאין יניקתם שוה· לפ"ז בא להילדה יניקתה מה שינקה מן הקרקע דאל"כ לא היה מוציא הילדה אם הילדה אתרוג מורכב בתוך לימו"ן זקן לא היתה מוציא אתרוג· כיון דנשארה יניקתה בתוך הזקנה· שנית דמבואר בגמרא בסוטה שם עלה מאליהן חייבים בערלה ואי תימא דטעם יניקת כל האילנות מן הקרקע שוים למה עולה מקרקע זו אתרוג ומקרקע זו עולה לימא"ן אלא ודאי דטעם יניקתן מן הקרקע אינם שוים בכל האילנות ובקרקע זו יש טעם אתרוג ובקרקע זו יש טעם לימא"ן כדמשמע בשבת (דף פ"ה ע"א) אמר ר' שמואל ב"ר נחמני אמר ר' יוחנן מאי דכתיב אלה בני שעיר החורי יושבי הארץ וכו' אלא שהיו בקיאין בישובו של ארץ שהיו אומרים מלא קנה זה לזית מלא קנה זה לגפנים וכו' והורי שמריחים את הארץ וחוי כו' שהיו טועמין את הארץ כהווא· וכיון דכדרנו שהענף האתרוג המורכב בלימא"ן יונק מן הקרקע טעם אתרוג דכך אילן הלימא"ן· א"כ לפ"ז צריכין אנו להבין מה שאיתא בגמרא ילדה שסככה בזקנה בטלה הלא מבואר (ביורה דעה סימן ק"ע

ק"ט בסעיף א') בהג"ה · וכל זה כשנתערב במינו אבל שלא במינו ואינו מכירו אפילו יבש ביבש צריך ששים ודין זה הוא נובע מספר התרומות ומהר"ן עיי"ש בט"ז ובש"ך שהביאו לשון הר"ן וז"ל שם אבל מין בשאינו מינו · דשלא שלא אזלינן בתר טעמא אפילו ביבש נמי בעינן ששים כי היכי דשי מבטל להו לא ליתי לידי טעמא דהוה איסור דאורייתא עכ"ל הר"ן · ופירוש הפרי מגדים בט"ז ס"ק ב' כיון שהורגש הטעם הוה כניכר האיסור ומן התורה אסור כשבישלם יחד · לפ"ז קשה למה אמרינן בגמרא ילדה שהרכיב בזקנה בטלה מאי נפקא מינה דבטלה הא לאחר שגדלו פירות הילדה שהורכב בזקנה הענף שואב מתוך הזקנה יניקתה מה שיונקה בעצמה מן הקרקע כדברינו לעיל · וגם דהא חזינן שהפירות של ילדה לא דמי לפירות של הזקנה · דהזקנה היא לימא"ן והענף הוא אתרוג כמבואר בכל התשובות כי כן דרכם של המורכבים להוציא כל אחד פירות מינו · וגם אם לא תאמר כן אמאי נסתפקו באתרוג אם הוא מורכב או לא ונתנו בהם סימנים הלא בודאי אינם מורכבים דאם היה מורכבים לא היה מוציא אתרוג וכיון שגדל ענף האתרוג המורכב בתוך הלימא"ן אתרוג ודומה הוא כמו שאר אתרוגים · א"כ הענף האתרוג שואב יניקתה דרך הלימא"ן מה שיונקה בעצמה מן הקרקע והוה כאילן הוכר האיסור · ומה בכך שמקודם בטל הילדה בזקנה הא אח"כ הוכר האיסור · וכי תימא דזה דוקא כשמורכב בשאינו מינו אבל אם הורכב במינו יניקת הענף המורכב שואב מן האילן ולא מן הקרקע · זה אינו · חדא דהא מבואר בירושלמי פ"ג דערלה והובא בספר אגודות אזוב · עכו"ם שהרכיב אילן מאכל על גבי אילן סרק חייב בערלה ומונים ליה שני ערלה משעת נטיעת אילן סרק ונחלקו שם ר' יוחנן וריש לקיש ר"ל אמר דוקא אילן שיש בו פירות שחשובים אוכל ע"י מחשבה שחישב עליהן לאוכל הא אם הרכיב באילן ערבה שאין נושאין פירות הראוין לאכילה הוה ליה כנטוע בארץ ומונים ליה שני ערלה משעת הרכבה ור' יוחנן אמר אפילו ערבה נמי מונים ליה שני ערלה משעת נטיעת אילן ערבה שהורכב בו עכ"ל הירושלמא · והוכיח אגודות אזוב דהירושלמא ס"ל דגם מין בשאינו מינו בטל באילן ערבה שהורכב בו לכן מונין לו שני ערלה משעת נטיעה אילן ערבה שהורכב בו · ומה שחייב בערלה ולא בטל לגמרי באילן ערבה שפטר מן הערלה היינו טעמיה משום דאילן ערבה גופה ככל אילני סרק אינם פטורין מן הערלה אלא משום שאין בהם פירות הראוין לאכילה ועכשיו שעושה פירות ע"י הרכבה יצא מכלל אילן סרק ונעשה אילן מאכל כיון דסוף סוף עושה פירות הראוין לאכילה עיין שם פירושו באורך והוכיח את פירושו ואנכי קצרתי את דבריו · וכיון דמבואר בירושלמא דגם מין בשאינו מינו בטלה הילדה בהזקנה א"כ קשה מה בכך שבטלה הא אח"כ כשגדלה הפירי הוה ליה כאילו הוכר האיסור כנ"ל ✝ שנית דאם איירי הגמרא ילדה שהרכבה בזקנה במין במינו דוקא והילדה שואבת יניקתה מן האילן ולא מן הקרקע למה הוצרך הגמרא לומר הטעם דבטלה הילדה בזקנה הא בלא זה ג"כ אינו נוהג דין ערלה בהילדה כיון דאינו יונקה מן הקרקע רק מן האילן הזקן כדלעיל · וגם הוה להגמרא לומר טעם הביטול גם להתיר הזקנה ולומר אין בהם דין ערלה כדלעיל · וכ"ת כיון דמקור דין זה דהוכר האיסור אינו בטל נובע מהר"ן · והר"ן אזיל לשיטתו שכתב בפרק קמא דסוכה על המשנה העושה סוכתו תחת האילן בדברי המתחיל וגרסינן עלה בגמרא וכו' וז"ל ובודאי שאין ביטול זה כביטול שאר איסורין שאין לך איסור שאדם יכול להסירה ולעמוד עליו שיהיה בטל וכו' עכ"ל · הלא מבואר בהדיא דהר"ן סבירא ליה דשם ניכר האיסור אינה בטל · אבל המרדכי והארוך והאגודה והלבוש והט"ז (בסימן תרכ"ו באורח חיים ס"ק ב') והביא בשם הב"ח ג"כ שהסכו דמשמע דאפילו לכתחילה יכול לעשות כן פירוש שישפיל הענפים של האילן המחובר ויערבם עם הסכך בענין שלא יהיה ניכרין ויהיו סכך רבה עליהן ומבטלן והסכו כל הפוסקים שהבאתי הא אין מבטלין איסור

לכתחילה ותירצו מה שתירצו עיי"ש ואי סבירא להו כסברת הר"ן דהביטול הזה אינו שוה לשאר ביטולים אין מקום לקושייתם כמבואר במגן אברהם שם (בסעיף קטן ג') לפ"ז משמע דסבירא להו להפוסקים הנ"ל דאף שיכול להכיר האיסור בכל זאת הוא בטל כיון דלפי המדומה בעת שמונחים ומעורבבים עם הסכך הכשר הוא דומה לסכך הכשר לכן הוא בטל [ואף שמבואר בתוס' יבמות (דף פ"ב ע"א) בד"ה ר' יהודה וכו' וז"ל והשתא דבלאו בילה דאמר דחטים בשעורין בטלים לר' יהודה ולא חטים בחטים בקמח איירי דאל"כ חיטים בשעורין אמאי בטל הלא ניכרין הם וכו' עכ"ל · וכן כתב התוס' בשבת (דף ל"ח) ד"ה או · ובפסחים (דף מ"ד) ד"ה מקום · ובזבחים (דף ע"ד ע"ב) בגמרא וכן כתב הטור בסימן ק"ט וז"ל · ולכאורה נראה שאין חילוק בין נתערב במינו בין שלא במינו כגון שנפרד להתיכות דקות שאין ניכר בין זה לזה וכו' עכ"ל וכן מבואר באחרונים בסימן זה דבעינן דוקא שנפרד להתיכות דקות שאינו ניכר אבל אם ניכר אינה בטילה · לפי עניית דעתי אינה דומה זה לזה דהתם גם לפי המדומה בעת שמונחים ג"כ אינם מעורבבים זה בזה וניכר לכל שזה שעורה וזה חיטה ומה בכך אם מונחים זה אצל זה לכן אינה בטל אבל גבי אילן בעת שמעורב עם הסכך הכשר הוא דומה ממש לסכך הכשר · והכל יאמרו שכל הסכך מהסוכה הזאת הוא כשר לכן בטילה] :

ואל תתמה על מה שכתבתי שאפילו אם יכול להכיר האיסור בטל שלכאורה זאת נגד השכל · אינו קשה כלל שהנוב"י ביורה דעה במהדורא תנינא בסימן קפ"ו הביא בשם תשובת הרשב"א וז"ל תשובת הרשב"א בסימן רנ"ט ששאלוהו אם כלאי בגדים בטלים באחד ומאתים ככלאי זרעים ומה שאסרו בגד שאבד בו כלאים הוא בבגד לכן שיש תקנה בצביעה שאפשר לבדוק אבל בשאי אפשר לבדוק מהו שיבטל והשיב הרשב"א שאין מביאין ראיה מכלאי זרעים שאם מכלאי זרעים נלמד א"כ אפילו בגד שאבד בו כלאים ואפשר לבדוק אחריו לא נצרך לבדוק וליטול שהרי בכלאי זרעים כן כו' עכ"ל הרשב"א בתשובה · וכתב ע"ז הנודע ביהודה שהרשב"א האריך בטעם הדבר מדוע באמת מותר בזרעים ואסור בבגדים עיי"ש · עכ"ל הנוב"י · הרי מבואר בהדיא דמלינן דנתבטל אף אם יכול להכיר הדבר שנתבטל בהמבטל אפילו הכי בטל [ולא מצינו למימר שטעם הרשב"א דבטל הוא מחמת עולם מעוטו ולא מטעם רוב ובזה הסברא אי"ה אכתוב באריכות לקמן וגם הנוב"י היה סובר זאת בש"ה שלו שהרי בגד שאבד בו כלאים מיירי אפילו חוט אחד שנאבד בבגד גדול ובדעת השואל היה רצה לדמותו לכלאי זרעים וכמו שבטל שם ה"נ בטל בבגד של צמר שאבד בו חוט אחד של פשתן וע"ז השיב הרשב"א דאינו דומה לכלאי זרעים · ובבגד שאבד בו חוט של פשתן אסור · ואם נאמר דמחמת זה בטל בכלאי זרעים מחמת עולם מעוטו שבטל במאתים א"כ ה"נ בבגד גדול של צמר שנאבד בו חוט אחד של פשתן יהיה ג"כ בטל מחמת עולם מיעוטו · אלא ודאי דהרשב"א כתב טעם אחר מה שבטל בכלאי זרעים אפילו אם מכיר את האיסור · ותשובת הרשב"א אינו בידי לעיין בו ות"ל שבאה ד' לידי תשובת הרשב"א לאחר כתבי זאת זה ימים כבירים וראיתי שבאר החילוק בין כלאי זרעים לכלאי בגדים מטעם אחר ולא מחמת טעם עולם מיעוטו] : ואם תרצה להשיב ע"ז מדברי הירושלמא דאיתא שם במסכת תרומות סוף פרק חמישי ותני · רבות התרומה נעשה כמרבה במזיד ואם תניך היה בו ארבעה סאה נטל סאה ונתן סאה כבר עד הכין רבי איסי בשם ר' מנא בר תנחום ר' אבוה בשם ר' יוחנן עד רובו של מקוה וכא את אמר הכין · תמן היה בו רוב ואת מרבה עליו והוא כבר ברם הכא כל שעה ושעה צריכה מאה סאה אמר ר' יוסי זאת אומרת דבר שהוא בטל דבר תורה מעורר את מינו לאסור עכ"ל הירושלמא · ומה שאמר ר' יוסי מעורר את מינו הוא אפילו מין במינו דהא דתרומה עולה באחד ומאה במינו הוא ואעפ"כ אמר דבר תורה מעורר את מינו לאסור וכיון דמעורר את מינו דבר תורה

הורה כל שכן אם הוכר האיסור בעצמו שאסור מן התורה. וא״כ איך נוכל לומר דהמרדכי והאגודה ושאר פוסקים סוברים דאף אם יכול להכיר האיסור הוא בטל דהא בירושלמי מבואר להיפך · ע״ז יש שתי תשובות בדבר אחד · דהא כתב רש״י בעירובין (דף ד׳ ע״ב) על הא דאמרינן שם דאמר ר׳ יצחק דבר תורה רובו ומקפיד עליו הוצץ כו׳ עכ״ל הגמרא ופירוש רש״י ע״ז דבר תורה הלכה למשה מסיני בתורה שבע״פ וכבר האריכו בזה שפירוש בספר מגילת אסתר כן מוגה בזכרוני שראיתי זה שנים כבירים · א״כ נוכל לומר הא דאמר ר׳ יוסי בירושלמא דבר תורה הוא מתורה שבע״פ ומדרבנן הוא וכדאמרינן בנדרים (דף כ״ז ע״ב) דילמא לחומרא באני עיי״ש וכ״ת כיון דעכ״פ מדרבנן לא בטל אם ניכר האיסור אם כן למה לא פסלוה הסוכה מדרבנן כיון דיכול להכיר הסכך הפסול י״ל דהא דגזרו רבנן שלא יהנה מן האיסור הוא בדבר דנהנה מן הביטול אבל גבי סוכה דמצות לאו ליהנות נתנו לא גזרו אף אם יכול להכיר האיסור בטל גם מדרבנן וכה״ג מתרצים על הקושיא דמבטלין איסור לכתחילה עיי״ש בט״ז ובמג״א שם · שנית לפי דעתי הא דאמר ר׳ יוסי מעורר את מינו קאי רק אמקוה ולא על תרומה דעל תרומה לא צריכין לטעם זה דמעורר את מינו דהא מבואר בירושלמא הטעם דנעשה כמרבה במזיד ואין מבטלין איסור לכתחילה עיין שם במפרש · ובמקוה מיירי שנפלו מי פירות כמבואר ברש״י ביבמות (דף פ״ב ע״ב) ד״ה נתן כהה ונטל שאם כשר גבי שאר משקין ופירות ותמד שהמשנה קאי במסכת מקואות עיי״ש בתוס׳ בד״ה נתן · וכיון דמין בשאינו מינו מיירי שניכר בטעמם שמעורב בתוך המקוה מי פירות ותמד ולכן מעורר את מינו כיון דניכר מכבר שהיה בתוכו מעורב אלא שלא היה בכחו לפסול את המקוה כיון שלא היה עדיין רוב וכיון שנפל אח״כ עד רוב מעורר את מינו לפסול את המקוה · אף שאיתא בזבחים (דף ע״ט ע״א) אמר רבא אמר רבנן בטעמיה וכו׳ ואמור רבנן בחזותא וכו׳ היכי דאיכא חזותא במראה ופירוש רש״י על זה מידי דלא תלה בטעמא אלא בחזותא כגון לענין טבילת מקוה בחזותא עכ״ל רש״י משמע דבמקוה לא אזלינן בתר טעמא אלא בתר חזותא בלבד · התם איירי לענין לפסול את המקוה דלא פסל רק בחזותא ולא מחמת דבר אחר שיפסול אותו אבל עכ״פ היכא שניכר בטעמא שמעורב בתוך המקוה דבר אחר לא נוכל לומר דבטלה לגמרי בתוך המקוה כיון שניכר בטעמא שמעורב בתוכה דבר אחר ובזה אמר ר׳ יוסי דבר תורה מעורר את מינו לאסור אבל היכא שלא היה ניכר בטעמא בשעה שמעורב ולפי המדומה בעת שמעורב זה בזה הוא דומה זה לזה אף שיכול להכיר את האיסור אם יפריד את הענפים של אילן מעל הסכך הכשר מיבטל בטל ולכן לא קשיא על המרדכי והאגודה ושאר פוסקים מן הירושלמא :

ולפי דברי המרדכי והאגודה ושאר פוסקים לא קשה מה שהקשיתי מפני מה בטלה ילדה בהזקנה הא אח״כ כשגדלה הפירי הוכר האיסור מה בכך כיון דכבר ביטל הזקנה את הילדה ולא נרגש טעם הילדה בהזקנה כלל אף שאח״כ כשגדלה הפירי יהיה מיקרי ניכר האיסור · מכל מקום מותר כיון דכבר בטלה · וזאת כתבתי בדרך פילפול · אבל לפי האמת נראה לי דאם יכול להכיר את האיסור ע״פ איזה אופן אע״פ שעכשיו אינו ניכר בודאי אינו בטל לכו״ע ואין מי שיחלוק ע״ז · והסברא נותנת כן כיון שיכול להכיר את האיסור ע״פ איזה אופן לא מיקרי תערובות כלל והוה כמונח זה אצל זה בלא תערובות · וכן כתב הט״ז ביו״ד (סימן ק״ד ס״ק א׳) ועיין במשבצות שם מה שכתב בביאור דבריו מהקוס שאף באי אפשר להפריד האיסור כלל זה מזה בכל זאת כיון שניכר האיסור אינו בטל והט״ז בעצמו ג״כ הקשה בעושה סוכה תחת האילן הא אין מבטלין איסור לכתחילה משמע ג״כ מדבריו דנוטעם ביטול קא אמרינן עלה אף שיכול להכיר הענפים של אילן המחובר בקרקע אלא ודאי דכולי עלמא סוברים כסברת הר״ן דהכי אגמריה רחמנא ומש״ה בפלגי שני

דפרוץ כעומד מותר · אלא דהכא כיון שכן מעורבין בעי רובא ובודאי שאין ביטול זה כביטול שאר איסורין שאין לך איסור שאדם יכול להסירו ולעמוד עליו שיהא בטל · ומה שהקשה המרדכי והאגודה והלבוש והב״ח והט״ז ע״ז הא אין מבטלין איסור לכתחילה כיון דעכ״פ בעי רובא שסך כשר מוכח מזה דמטעם ביטול קא קאתינן עלה אף שיכול להכיר את הסכך הפסול כיון דמן הדין בפלגא סגי רק מדרבנן בעי רובא והם אמרו דדי בביטול כזה · ולכן הקשה הא אין מבטלין איסור לכתחילה ואף דהוא אסור רק מדרבנן הא המרדכי והאגודה בעצמם סוברים דאסור לבטל ולכן הקשו · וגם המחבר שפסק דמותר לבטל היינו דוקא להוסיף אם נתערב עיין ביו״ד (סימן צ״ט ס״ו ובש״ך ובה״מ וברמ״א שם) ותירצו מה שתירצו אבל המגן אברהם לא ניחא לו לומר כדבריהם והוא סובר שסברת הר״ן כך הוא · דלאו מטעם ביטול קא אתינן עלה כיון שיכול להכיר הסכך הפסול רק דבעי שסך כשר שיהיה רובו כדי שיהיה חשיבות רוב עליהם ויהיה כמו פלגא ופלגא שאינם מעורבין יחד דכשר הסוכה דהתם בודאי לא מתורת ביטול קא אתינן עלה · נחזור לענייננו שקשה לן על מה אמרו בגמרא ילדה שסככה בזקנה בטלה ילדה בזקנה ומותרת הילדה הא הוי אח״כ הוכר האיסור ואסור מן התורה כמו שכתבתי לעיל · וכדי לתרץ הקושיא הזאת אציגה לפניך מה דאיתא בע״א (דף מ״ח ע״ב) וז״ל הגמרא שם והתניא ר׳ יוסי אומר נוטעים יחור של ערלה ונוטעין אגוז של ערלה מפני שהוא פירי ואמר ר׳ יהודה אמר רב מודה ר׳ יוסי שאם נטעו והבריך והרכיב מותר ותניא נמי הכי וכו׳ ופירוש רש״י על זה והבריך והרכיב אם הבריך או הרכיב יחור של ערלה באילן זקן מותרין פירותיהן מיד אף על פי שלא מלאו להם שני ערלה וזה וזה גורם מותר וה״נ אמרינן בעלמא ילדה שסככה בזקנה בטלה עכ״ל הגמרא עם פירוש רש״י נמצא מוכח מפירוש רש״י דהטעם דילדה שסככה בזקנה דבטלה הוא מטעם דזה וזה גורם הוא וכן מבואר להדיא בר״ן בסוגיא דשם שכתב · וכן זו שהקשו דילדה שסככה בזקנה דבריא לאו מדין דזה וזה גורם הוא אלא מתורת ביטול אינה קושיא דהא ודא אחת היא · שזה וזה גורם מותר וכו׳ כל היכא שאיסור והיתר גרם ליה הרי הוא כאילו נתבטל איסור זה ומשום הכי אמר רב אבי וכו׳ דילדה שסככה בזקנה בטלה דס״ל דזה וזה גורם מותר עיין שם באריכות כי קצרתי דבריו · וכיון דילדה שסככה בזקנה דבטלה הוא מטעם דזה וזה גורם מתורצת הקושיא שהקשינו כיון שלאחר גדלה הפירות בהילדה שסככה בזקנה הוה כאילו הוכר האיסור ולמה אינה נוהגת דין ערלה בהילדה דכיון דאי אפשר לגדל הפירות של הילדה אם לא שהזקנה ג״כ יהיה גורמת ומסייעת אותה מה בכך שהוכר האיסור כיון דזה וזה גורם הוא וזה וזה גורם מותר · וכיון שכן אין אנו מבינים הראיה שהביא מהר״ש אלגזי ז״ל דמוכח מהך דילדה שסככה בזקנה בטלה ילדה בזקנה וכמו כן גבי אתרוגים המורכבים בתוך הלימא״ן בטלה האתרוג כשהיה בתוך הלימא״ן ולאו אתרוג הוא · הא מדברי רש״י והר״ן אדרבה משמע אפכא דאי כדבריו למה הוצרכו לטעמא דזה וזה גורם תיפוק ליה דבלא״ה אין נוהגת דין ערלה בפירות הילדה משום דכבר נתבטלה יניקת הילדה מה שיונקת מן הקרקע בתוך הזקנה · אלא ודאי דלא בטלה יניקת הילדה בזקנה כיון שאח״כ כשגדלה הפירות של הילדה ה״נ אתרוג המורכב בתוך אילן של לימא״ן ונתגדל אתרוג הוה כהוכר האיסור · וה״א דיהיה נוהגת בהאי אתרוג דין ערלה כיון דמשכה אגלה יניקתה מה שיונקת בעצמה מן הקרקע כמו שכתבתי לעיל לכן הוצרכו לטעם אף דהוה כמו הוכר האיסור בכל זאת אינה נוהגת דין ערלה בהאי אתרוג שגדלה בתוך הילדה מחמת דזה וזה גורם קיי״ל דמותר · וכיון שכן ולפי דברינו יוצא בהאתרוג המורכב כיון שאח״כ כשנתגדל האתרוג הוכר שמשכה יניקתה מה שיונקת בעצמה מן הקרקע א״כ הוה כאתרוג לכל דבריו ולא נוכל לפוסלו מחמת שלא יוכל לגדל אם לא שמסייעת הוהו הלימא״ן דמשולם לא שמענו סברא כזאת

ב״ח

שנית לפי מה שכתבו התוס' בחולין (דף כ"ה ע"א) ד"ה מכאן וכו' הוה ליה זה וזה גורם אף על גב דבסוף כתובות (דף ק"א ע"ב) פסקינן כר' יהודה בפרידות דמספקי ליה בפרק אותו ואת בנו (דף ע"ט) אי חוששין לזרע האב אי לא היינו במילתא דהרי כל חד באפה נפשה ולא שייך זה וזה גורם כו' עכ"ל ועיין בתוס' סנהדרין (דף פ' ע"ב) ד"ה אלא וכיון דה"נ כל חד באפה נפשה הרי לא שייך זה וזה גורם · וכיון שניכר לכל שהוא אתרוג כמו שאר אתרוגים בודאי יוצא בו · וזאת לא תוכל לומר כיון דפסקינן ביו"ד (סימן ע"ז סעיף ב') דספק אם חוששין לזרע האב אם לא וכ' דהיינו טעמא משום דמספקא לן אי אמרינן זה וזה גורם בדבר ששניהם מותרין אי לא והא בהא תליא וחד טעמא הוא דמלשון התוס' משמע דזאת פשיטא דלא שייך לומר זה וזה גורם בדבר ששניהם מותרין עיי"ש בדברי התוס' · שלישית אם יש ספק אם הן מורכבים אי לא נמצא יש ס"ס · ספק דילמא אינם מורכבים · ואת"ל שמורכבים הם דילמא לא שייך זה וזה גורם בדבר ששניהם מותרין · אך אם נאמר ס"ס כזה תליא בפלוגתת הפוסקים שהביא הפרי מגדים סימן ק"י בשפתי דעת ס"ק ל"ו באות ד' ולפי הנראה דמסקי שם להלכה דאמרינן ס"ס כזה · ואף לפי דעת התוס' שכתבו בע"א שם בד"ה שאם נטעו והבריך וכו' שכתבו דהטעם דילדה שסככה בזקנה מטעם ביטול הוא ואין הטעם משום דזה וזה גורם הוא דאפילו למ"ד זה וזה גורם אסור מותר וכן משמע לשון בעלה דמטעם ביטול אנו מתירין זאת עיי"ש בדברי התוס' · ונלפענ"ד דהתוס' סברי ג"כ דעיקר ההיתר משום דהוה זה וזה גורם ומותר והא דמצרכי לטעם ביטול משום דהיה ניחא אפילו למ"ד זה וזה גורם אסור כיון דכבר בטלה יניקת הילדה בתוך הזקנה והותרה ואף כיון דנתגדל אח"כ האתרוג בתוך הענף הילדה הוה כהוכר האיסור והיה צריך לנהוג בפירות ילדה דין ערלה בכל זאת כיון שכבר בטלה הגם שאח"כ הוכר האיסור כיון שגם על ידי גורם דהיתר דהוכרה אין יכול לחול איסור חדש כעת כיון שכבר בטלה וברייתא · דומה לזה מצינו נ"ט בר נ"ט דאיסורא אסור · ונ"ט בר נ"ט דהיתרא מותר כיון דנ"ט בר נ"ט טעם קלוש הוא לא יוכל לחול איסור חדש ונ"ט בר נ"ט דאיסורא כיון דאסור מכבר ואין אנו מוצרכים לאסור מחדש נשאר באיסורו כמו שהיה מקודם · וה"נ כן הוא דבשלמא אם לא היה בטלה הילדה בהזקנה ואתה רוצה להתירה מטעם זה וזה גורם אז היה אסור למאן דסובר זה וזה גורם אסור כיון דאם לא היה גורם דהיתר היה אסור ואתה רוצה להתירה מחמת זו"ז גורם וזה וזה גורם אסור · אבל הכא כיון דכבר בטלה הילדה בזקנה הותרה יניקת הילדה וכעת אתה רוצה לאוסרה מחדש ואין אתה יכול לאוסרה מחדש כיון שיש זו"ג · דאם לא תפרש כן דברי התוס' יהיה קשה גם על התוס' הקושיא שהקשיתי לעיל הא מה מועיל ביטול בזה כיון שאח"כ גדלה פירות הילדה הא הוה כהוכר האיסור וסברא מורווחת היא · ונוכל לומר שכוונת התוס' כן אף בלא קושיא הנ"ל ולא תוכל לומר שזאת ג"כ כוונת רש"י ומאי הקשה התוס' ע"ז · דמלשון רש"י משמע דאזלא הך דילדה שסככה בזקנה אליביה דמ"ד דזו"ג מותר · וכ"ת האיך נוכל לומר לפי דברי התוס' דילדה שסככה בזקנה דאינה נוהגת דין ערלה בילדה אף דכבר בטלה בזקנה מוצרכין אנו לטעם זה וזה גורם · הא מבואר בירושלמי שהבאתי לעיל דאפילו אם הרכיב מין בשאינו מינו ג"כ מותר והתוס' ס"ל דלא שייך זו"ג אלא כששניהם מין אחד אבל לא כששני הגורמים הם מענינים נפרדים עיי"ש בדברי התוס' הנ"ל · והכי נמי כשהרכיב מין בשאינו מינו לא הוה בני הגורמים מענין אחד · דזה אינו דהא מבואר בתוס' בחולין (דף כ"ח ע"א) ד"ה מכאן והבאתיו לעיל דבפרידות לא שייך זה וזה גורם כיון דהרי כל חד באפי נפשא ופרידות נולדים מן סוס וחמור כמבואר בחולין (דף ע"ט ע"א) והוה ג"כ שני מינים ואפי"ה אם היה אחד מהם אסור היה מיקרי זה וזה גורם · ואין לומר דהתוס' חולין לא סבירא ליה כסברת התוס' בע"א הנ"ל דלא אמרינן זו"ג רק כששניהם מין אחד וסבירא ליה להתוס' דחולין דמיקרי זה וזה גורם אף כשהם בשני ענינים כסברת רש"י כדאשכחן בכמה דוכתיה שדברי התוס' מחולקים זה עם זה · זה לא נוכל לומר כן דהא מבואר בתוס' בנדרים (דף נ"ז ע"ב) ד"ה העלה בידו בצל וכו' וקשיא להר"פ דהא חד גורם דקרקע לא חשבינן לגורם דהיתר כדאמר באלו טריפות (דף נ"ח) ומודה בביצת טריפה שאסורה דספנא מארעא דחד גורם הוא והטעם משום דגורם דקרקע אינה מינה ואינה דומה לגורם התרנגולת ולכך לא חשיב זה וזה גורם כו' הרי הזינן דמה שמבואר בתוס' ע"ז ג"כ דקרקע לא מחשבינן לגורם היתר משום דשני ענינים המה לקחו זאת הסברא מחולין (דף נ"ח) כמבואר בדבריהם בנדרים ובזה הסוגיא גופה כתבו התוס' דבפרידות אי לאו דהוה שרי כל חד באפה נפשה אלא חד הוה אסור והשני היתר הוה מיקרי זו"ג או דנ"ל דהגורמים הבאים משני מינים מיקרי זה וזה גורם דהוה מענין אחד רק גורם דקרקע מיקרי ענין אחר · וגם אפילו לפירוש רש"י דסובר בע"א שם דגורם דקרקע מצטרף לגורם דאיסור להיות מיקרי זו"ג ויותר ג"כ סבירא ליה כאמימר דמאי דמסקינן בחולין שם אליביה דאמימר בדספנא מארעא מוכח ג"כ דגורם דקרקע לא מיקרי זה וזה גורם · רק שסובר רש"י שהסוגיא דהתם סובר כדה"ד בע"א שם כדכתב הר"ן בע"א שם דהוה סבירא ליה להגמרא בתחילה דכי אמרינן דזה וזה גורם מותר הנ"מ כגון ששני הגורמים מתערבים זה בזה כניביה בקרקע אבל היכי דהאי לחודה קאי והאי לחודה קאי כו' אסור אף למ"ד זו"ג מותר והשתא במסקנא אהדרינן מהך סברא וס"ל דלמ"ד זו"ג מותר אפילו דהאי לחודה קאי והאי לחודה קאי שרי כו' עיין שם באריכות · ומה דכתב רש"י שם בע"א דהאי גורם דקרקע מצטרף לגורם דאיסור היינו כמו מסקנת דגמרא דע"ה שם · ובזה יהיה מתורץ קושית התוס' דע"א שם מה שהקשו על רש"י · ועיין בספר תורת חיים בחידושיו לע"א שכתב ג"כ לתרץ קושיות התוס' על רש"י בזה האופן עיי"ש כי קצרתי בדבריו מאוד ולא הביא שם כלל הך סוגיא דחולין ולא התוס' דנדרים רק הוכיח בראיות ברורות דהסוגיא דע"א סבירא דגורם דקרקע מצטרף לגורם דאיסור :

היוצא מדברינו דהתוס' ס"ל דהסוגיא דחולין דמוכח משם דהגורם דקרקע לא מצטרף לגורם דאיסור הוא אליביה דאמת · ולרש"י ולהר"ן ולשאר פוסקים שאכתוב בדברינו לקמן וסוברים דקרקע דהיתר מצטרף לגורם דאיסור סוברים לפי מאי דמסקינן בע"א שם פליגי אהך סוגיא דחולין · והמה סוברים דהלכה כסוגיא דע"א דגורם דקרקע מצטרף לגורם דאיסור כאשר אבאר עוד אי"ה לקמן · אבל זה כ"ע סוברים דהסוגיא דחולין סברי דגורם דקרקע אינה מצטרף לגורם דאיסור ואפילו הכי כתבו התוס' שם בחולין באותו סוגיא דפרידות הבאים מן הסוס והחמור אף דהוה שני מינים הוה מיקרי זה וזה גורם אם היה אחד מהם אסור · א"כ מוכח מהתוס' דהגורמים הבאים משני מינים מיקרי ענין אחד רק גורם דקרקע מיקרי ענין אחר וסברא פשוטה לחלק ביניהם וא"כ ה"נ באתרוג המורכב בתוך הלימו"ן אינה נוהגת דין ערלה באתרוג משום דהוה זו"ג אף דשני גורמים הן משני מינים מ"מ מיקרי ענין אחד כדהוכחתי אליביה דכו"ע. שנית דלכאורה קשה על התוס' דע"א שם דכתבו דגורם דקרקע אינה מצטרף להיות מיקרי זו"ז גורם דהא מבואר בפסחים (דף כ"ו ע"ב) ת"ר תנור שהסיקו בקליפי ערלה כו' חדש יותץ כו' ופריך הגמרא והא תניא בין חדש בין ישן יוצן ל"ק הא רבי הא רבנן דאמר דשמעת כו' זו"ג מי שמעת ליה ופירש"י ע"ז בד"ה אימר וכו' וגבי תנור חדש כו' מיהו הוא עצמו אינו נאכל אלא להיסק אחר עומד ויאפה בו ונמצאת פת הנאפה בו נגמרת ע"י איסור והיתר עלי איסור שגמרו את התנור ועלי היתר שגמרו את הפת והא היכא דשמעינן ליה דאסר רבי נמצא דמוכח משם דגורמים הבאים משני ענינים מיקרי זו"ג דמה ענין גורם דתנור לגורם דעלי היתר דכל חד פועל פעולה אחרת וזה דמי ממש גורם דתנור לגורם דקרקע ·

אלא

אלא ודאי דהתוס' דע"א ס"ל כסברת התורת חיים שכתב בחידושיו לחולין (דף ס"ט) בד"ה תלתא כו' נראה דס"ל דזו"ג דשרי היינו אלא היכא דהאיסור לחודיה קאי והיתר לחודיה קאי אבל היכא דתרוייהו כהדדי נינהו כחד גורם דמי עיי"ש בדבריו אף שמדברי התוס' בחולין שם מוכח דלא ס"ל הך סברא דאל"כ לא הוה נקראה בתימא שם בתוס' ד"ה תלתא כו' והתורת חיים כתב זאת לתרץ תמיהת התוס' דשם מ"מ סוברים כיון דלאו איסור לחודיה קאי והיתר לחודיה קאי אלא נבלע זה בתוך זה מיקרי ענין אחד רק בהא פליגי התוס' על התורת חיים דהוא סובר כיון דהזרע החלב והדם מעורב עם שאר זרע הבהמה נקרא חד גורם והתוס' ס"ל דמיקרי זה וזה גורם אף שמעורבים זה בתוך זה דמבלבל זרעו · מ"מ בזאת סבירא להו דמיקרי ענין אחד כיון דמבלבל זרעו ומעורב זה בתוך זה ומשום הכי ל"ק על תוס' דע"א מהך סוגיא דפסחים דמוכח משם דגורמים הבאים משני מינים לא מיקרי ענין אחד בכל זאת מצטרפין ומיקרי זה וזה גורם ומותר כיון דמתערבים יניקת האתרוג ביניקת הלימא"ן בתוך אילן הלימא"ן מיקרי ענין אחד ומותר דהא נוכל לומר דהא דגורמים הבאים משני מינים מיקרי שני ענינים היינו היכא דהך גורם לחודיה קאי והך גורם לחודיה קאי אבל לא שמעורב ז"ב דזה מיקרי ענין אחד ויכולים אנו להתירו מטעם זה וזה גורם · הדרן לעניננו לבאר שכן הלכה שמצטרפין הגורם דקרקע לגורם דאיסור דהנה הרמב"ם פסק כן בהלכות נטעי רבעי בסוף פרק עשירי ז"ל לפיכך הצומח מפירות הערלה מותר שהרי גורם לצמוח הפרי האסור והארץ המותרת וכן כתב בהל' עכו"ם בפרק שביעי הלכה י"ד שמצטרף הגורם דקרקע עיי"ש שכן מבואר בדבריו להדיא וכן דעת הטור ביו"ד בהלכות עכו"ם סימן קמ"ב והביא שם שגם הרמ"ה סובר כן וכן דעת הרא"ש ובב"י שם מבואר שכן דעת הרי"ף וכן פסק המחבר סימן הנ"ל סעיף י"א וכן דעת הט"ז והש"ך שם מדלא כתבו שם כלום וכן דעת התור"ה בירושלמי לע"ה והוא הביא דעת הרמב"ם הנ"ל והביא ראיה לזה מירושלמא עיי"ש וכיון שכל רבוותא שהבאתי סוברים כן בודאי הכי נקטינן וכיון דמצטרפין הגורם דקרקע אם הגורם דאיסור שהוא בודאי שני ענינים · כש"כ שמצטרפין שני גורמים הבאים משני מינים להיות מיקרי זה וזה גורם ומותר לכן בודאי הטעם לדעתי דילדה שסככה בזקנה בטילה הוא מטעם זו"ג בין לדעת רש"י ובין לדעת התוס' כמ"ש לעיל · וכיון שבארתי דלאו מטעם ביטול אנו מתירין ילדה שסככה בזקנה דאף אם בטלה הילדה שמוציאה אתרוג בזקנה אילן הלימא"ן שהיה בתוך האילן הלימא"ן יניקתה של האתרוג · בכל זאת הילדה מוכחת יניקתה מה שיונקת בעצמה מן הקרקע אלא כמ"ש לעיל והוה כהוכר האיסור והיה צריך לנהוג בהאי אתרוג דין ערלה אלא מטעם זה וזה גורם אנו מתירין אותה כדכתבתי לעיל באריכות וכיון שכן הנראה לפי עניות דעתי בודאי דכשרים האתרוגים אפילו המורכבים בודאי דזה דמי לנתערב אתרוג בתוך שאר פירות הדומה לו במראה ואח"כ הוכר האתרוג בודאי כשר לצאת ומטעם דגורמת הלימא"ן ניתגדל האתרוג בודאי לא פסלינן ליה כמו שכתבתי לעיל ·

פרח י אות ב

ומה שרוצים לפסול אתרוגים המורכבים מטעם חסר דאולי חסרים משיעור אתרוג כי מדלית מה שיש בו מן הלימא"ן לא ישאר באתרוג כשיעור · ולפענ"ד דגם מטעם זה אין לפסול רק מתחילה נחקור אם היתר בהיתר בטל אי לא · הנה כ' הגאון הצדיק המנוח מוה' אברהם מנחם נחום נתן זצ"ל אמר לי שראה בספר ברוך טעם שהביא בשם המים דעים להראב"ד שסובר אי אמרינן איסורין מבטלין זה את זה היתר בהיתר ג"כ בטל ואי אין איסורין מבטלין זה את זה היתר בהיתר ג"כ לא בטל · כן סובר הראב"ד והרמב"ם פסק בפרק י"ח מהל' פסולי המוקדשין הלכה כ' וז"ל הפיגול והנותר והטמא שבללן זה בזה ואכלן חייב אע"פ שרבה מין על חבירו אינו מבטלו שאין האיסורין מבטלין זא"ז עכ"ל ושתק ליה הראב"ד ומדשתק אודי ליה שאיסורין אין מבטלין זא"ז וכן הדין שגם היתר בהיתר לא בטל וכיון דלא בטל היתר בהיתר א"כ נוכל לומר דפסולים האתרוגים המורכבים מטעם חסר דאף שיש באתרוגים המורכבים מעט מן הלימא"ן בכל זאת לא בטל כיון דהיתר בהיתר הוא אך לכאורה הא חזינן דלא פסקו האחרונים כרמב"ם הנ"ל דהא מביא בטור בסוף סימן צ"ח כגון קדירה שיש בה נ"ט זיתים של היתר ונפלו בה שני זיתים אחד של חלב ואחד של דם כל אחד מצטרף עם הנ"ט של היתר לבטל חבירו וכן שלשים זיתים של היתר שנפל בהן כזית דם ול' זיתים אחרים של היתר שנפל בהן כזית חלב ונתערבו אלו התערובות בשוגג מותרין וכן שלשה מיני איסורין של יבש שנתערבו זה בזה כזית מכל אחד כל שני מינים רבים על האחד מבטלין אותו ופטורין על שלשתן וכן פסק הב"י בשולחנו הטהור וכן נראה שכן דעת הט"ז והש"ך מדלא כתבו על זה כלום הא מבואר דלא פסקינן כרמב"ם בהא אלא פסקינן דאיסורין מבטלין זא"ז ומדאיסורין מבטלין זא"ז היתר בהיתר ג"כ בטל ולפ"ז אין לפסול אתרוגים המורכבים מטעם שחסר הוא שיש בו מיעוט מן הלימא"ן מעורב בו מה בכך הא בטל מיעוט הלימא"ן בתוך רובא של אתרוג והוה כולו אתרוג וזה בודאי שיש באתרוגים המורכבים הרוב מן האתרוג דהא חזינן ששוה לשאר אתרוגים רק האחרונים נתנו בו סימנים שמתוך זה יכירו באתרוג המורכב הוא וכן מבואר באגודת אזוב שם באות י"א · ומה שרוצה לומר שאינו בטל מטעם אחר אי"ה אבאר זה לקמן :

אך שוב ראיתי להבעל כו"פ (סימן נ"ח אות י"ב) שהביא בשם תבואות שער אפרים דתמה למה שם הטור דעת הרמב"ם בזכרון אותו אחר הדלת וגם ראיתי בדגול מרבבה דין זה אף שפסקו הרא"ש והטור והשולחן ערוך הביאו בלי חלוק וכל האחרונים שתקו נראה לפי ע"ד אינו נכון וכו' והראב"ד לא השיגו לא בפה"מ ולא במקום אחר ואיך החליט הב"י כהרא"ש ולחלק בין דבר וכו' הנראה מדבריהם שאין לפסוק כפסק המחבר וצריך להתיישב בדבר וכיון דנ"ל דאיסורין אין מבטלין זא"ז כדעת הרמב"ם יכולים לפסול אתרוגים המורכבים מטעם חסר כנ"ל אך הנראה לפענ"ד לתרץ פסק הטור והמחבר שגם הרמב"ם יסבור כן כי אינו דומה הדין של הטור והש"ע לדין הרמב"ם · דהנה מבואר בטור בסימן ק"ט ובב"י שם בשם בעל התרומות והר"ן דאם נתערב מין בשאינו מינו יבש באופן שאינו יכול להכירן כגון שנפרר לחתיכות דקות מצד דין תורה בטל חד בתרי רק מדרבנן בעינן ששים דילמא יבשל בהדדי ואתי לידי טעמא שיהיה טעם האיסור בתוך ההיתר וכן מבואר בסימן זה ברמ"א סעיף ה' ועיי"ש בט"ז ובש"ך · אלמא מצד הדין תורה אף מין בשאינו מינו בטל חד בתרי אלא דבלח מין בשאינו מינו לא בטל חד בתרי כיון דניכר טעם האיסור הוה כהוכר האיסור ומש"ה לא בטל וצריך ס' שיבוטל טעם האיסור ואח"כ בטל ברוב וזה מבואר ברשב"א בחידושיו בסוגיא דזרוע בשלה ומש"ה אסור וכן הדין ביבש כשאם אוכל כל התערובות ביחד ומכיר טעם האיסור אסור מדאורייתא לכו"ע · והראיה ברורה מזבחים (דף ע"ח) דקאמר התם הפיגול והנותר והטמא שבללן זה בזה ואכלן דפטור ומקשה שם ש"מ נותן טעם ברוב לאו דאורייתא ומשני מין במינו ברובו מין בשאינו מינו בטעמא וזאת הראיה הביא הש"ך עיי"ש באות ה' וגם הביא ראיה ממנחות (דף כ"ג) לזה · ומכל זה מוכח דמין בשאינו מינו בטל חד בתרי כל זמן שלא מרגיש טעם האיסור אך אם מרגיש טעם האיסור לא נתבטל חד בתרי הן שלח הן יבש אף דבאמת בטל הוא מן התורה בכל זאת כיון שמרגיש טעם האיסור אסור כיון שטעם טעמא דאיסורא מה לנו אם כבר נתבטל הא לא נעשה האיסור כהיתר גמור דהא אם נתוסף אח"כ איזה איסור חוזר וניעור מטעם דלא נעשה כהיתר והכי פסקינן · ואפילו לדעת הראב"ד שהובא בר"ן פ' השוכר את

הפועל

שפועל והבאתי לעיל דסבירא ליה דאין חוזר וניעור מפני דס"ל דנעשה האיסור כהיתר גמור היינו דוקא היכא שנתבטל האיסור בס' ונתבטל גוף הדבר וגם טעמא ולכן ס"ל דנעשית כהיתר גמור אבל היכא דנתבטל הגוף הדבר ולא טעמא דיכול להרגיש טעם האיסור באיזו אופן מודה הראב"ד לשאר פוסקים דלא נעשית כהיתר גמור דטעם כעיקר · נמצא לפ"ז אין דומה הדין של הטור והמחבר לדין המבואר ברמב"ם שהטור והמחבר מיירי שיש נ"ט זיתים של היתר כמבואר בדבריהם להדיא ונתבטל טעם החלב וטעם הדם בתוך הנ"ט של היתר ואין צריך לזה שמסייע האיסור לבטל את החלב או את הדם כי הנ"ט זיתים של היתר לבד מבטלין אותו כי בטלה אפילו חד בתרי · כמ"ש רק שאם היה הנ"ט זיתים של היתר לבד היה אסור לאוכלן · כיון שנרגש טעם החלב או הדם אסור · דטעם אסור כעיקר · וכיון שיש עכשיו עוד כזית איסור אחר שאינו מינו אם טעם איסור שנפל עכשיו לא נרגש לא טעם האיסור שהיה בתחילה · ולא טעם האיסור שנפל כעת לכן מותר כיון שאינו טועם טעמא דאיסורא · ומה שכתבו שמסייעת האיסור לבטל את האיסור שנפל כעת · כונתם שמסייעת האיסור שהיה בתחילה לבטל את הטעם האיסור שנפל עכשיו שלא יהיה נרגש בטעמא אבל גוף האיסור כבר נתבטל בנ"ט זיתים של היתר ואין צריך לסייעת האיסור · ולא דמי לביטול טעם האיסור לביטול גופא של איסור ברוב דהטעם דבאיסורא בעי שיהיה רוב של היתר נגד האיסור משום כיון דאיכא רוב היתר הוא השוב לבטל את מיעוט האיסור דאמרה תורה אחרי רבים להטות שילכו אחרי השיבות הרוב או הטעם כמו שכתב הר"ן בנדרים (דף נ"ט ע"ב) בד"ה שאני · דאינו בטל רק אם נתערב איסור בהיתר משום דהוה דברים שאינם שוים מבטלין הן זה את זה אבל איסורא באיסורא אינו בדין שתהא בטלה אע"פ שאין איסורין שוין מ"מ איסור באיסור הוא ודברים שהם שוים זה לזה לגמרי אין אחד מהם מבטל את חבירו וא"ה לקמן אכתוב מה שיש לי בזה על הר"ן הזה וכאן אינו מקומו · וכן נ"ל להרמב"ם דס"ל דאיסורין אין מבטלין זא"ז אם משום טעם הר"ן או יכול. להיות טעם אחר כיון דנתערב איסור באיסור אע"פ שאין איסורין שוין ויש באחד מהם רוב אינו השוב הרוב לבטל את המיעוט איסור אחר דדוקא אם היתה רוב היתר מיקרי השוב לבטל את מיעוט האיסור אבל לא רוב איסור · אבל בביטול טעם לא בעי שום חשיבות ולא דברים שאינם שווים כיון דהגוף איסור כבר נתבטל ברוב היתר שהוא השוב וגם אינו שוה ולא נשאר רק טעמא בלבד ואסור לטעום טעמא דאיסורא וכיון דבטל טעמא אף שהאיסור מסייע לבטל את טעמו מ"מ מותר כיון דלא טעים טעמא דאיסורא שנפל עכשיו · ומה שמבואר בתשובות הרא"ש שממנו נובע דין זה של הטור והמחבר כל אחד מצטרף עם הנ"ט של היתר לבטל את חבירו ונקטו לשון ביטול אלא דבעי ביטול כמו אם נתערב חד בתרי רק אגריי' דלשנא נקטו ופירוש שיבטל הטעם · וא"כ לפ"ז לא דמי דין של הטור והמחבר לדין הרמב"ם · דהרמב"ם איירי בעניני ביטול חד בתרי ולא היה שם אלא איסור בלבד רק שאין איסורן שוה ומשו"ה אין כל אחד מבטל את חבירו כמ"ש לעיל הטעם · והכי מוכח בתשובות הרא"ש שממנו מקור דין זה של הטור והמחבר כדברי · דאם לא האמר כן יהיה קשה על הרא"ש בתשובה שמתחילה ביאר מצד הסברא שהאיסור מסייעת להנ"ט זיתים של היתר לבטל את הכזית חלב שנפל עכשיו והביא ראיה לזה וז"ל ודכוותיה אומרים בזבחים בפרק התערובות כו' הפיגול והנותר והטמא והנותר שבללן והאלן פטור אי אפשר שלא מרבה מין על חבירו ויבטלנה ש"מ תלת ש"מ איסורין מבטלין זא"ז והשתא אפילו דבר שבטל ברוב איסור מבטל איסור כל שכן דבר שאוסר בנתינת טעם שהאיסור מבטלה כמו היתר עכ"ל ולכאורה קשה על הרא"ש אמאי לא זכר הרא"ש הא דמסיק הגמרא שם (דף ע"ט ע"א) ופליגא דר' אלעזר · דאמר ר' אלעזר כשם שאין מצות מבטלות זו את זו כך אין איסורין מבטלין זו את זו וכו' עכ"ל הגמרא ואי משום

דס"ל דהלכה כר"ל מ"מ הוה ליה לזכור דברי ר' אלעזר ולומר דאין הלכה כדרכו בכל המקומות · אבל שלא להזכיר כמאן דפליג כלל זה אין דרכו · שנית דבמקום ר' אלעזר דאיתא בבבלי איתא בירושלמי פרק קמא דחלה (דף א' ע"ב) רבי יוחנן דסובר דאיסורין אין מבטלין זה את זה ור"ל חולק עליו והכלל בידינו דר"י ור"ל הלכה כר' יוחנן · א"כ קשה למה הביא הרא"ש ראיה מר"ל הא אין ה"ל כר"ל [ועיי"ש בתשובות הרא"ש ביש שם טעות דמוכח ואגכי דלגתי את השמות כדמוכח מדבריו] עוד הביא הרא"ש שם ראיה ממתניתין דתנן בפרק שני דערלה הערלה מעלה את הכלאים והכלאים את הערלה והערלה את הערלה כיצד סאה של ערלה שנפל למאתים ואחר כך נפלה סאה ועוד של ערלה או של כלאי הכרם זו היא שהערלה מעלה את הכלאים והכלאים את הערלה והערלה את הערלה וקאמר עלה בירושלמא לאו דוקא מאתים אלא מאה ותשעים ותשע דאילו מאתים ממש כבר נתבטלה הסאה שנפלה למאתים ולא בעיא לירוף · אבל כשנפלה לקנ"ט נאסר הכל וכשנפלה עוד סאה ועוד של איסור מצטרף איסור האחרון עם היתר הראשון והותר הכל עכ"ל ולכאורה גם ע"ז קשה דהוה ליה להגמרא בזבחים שם להקשות על רבי אליעזר ממתניתין דערלה שהביא הרא"ש ראי' לדבריו · וכי תימא דמשו"ה הגמרא לא הקשה משום דיכול לומר דהוא פסק כהלל דסובר שמצות אין מבטלין זה את זה ורבנן פליגי עליה עיי"ש בזבחים ובפסחים ומתניתין אתיא כרבנן · הגה באליביה דר' אליעזר יכול לתרץ כן שיפסוק כיחידאי ולא כסתם מתניתין מ"מ הוא דוחק שיפסוק כיחידאי וכנגד סתם מתניתין אבל לר' יוחנן שסובר בירושלמא שהבאתיו לעיל דסובר ג"כ כר' אליעזר דאין איסורין מבטלין זה את זה הא סתם מתניתין דערלה שהביא הרא"ש בתשובה דאיסורין מעלין זה את זה ואיך פסק ר' יוחנן נגד סתם מתניתין דהא מבואר בכמה מקומות שאמר ר' יוחנן הלכה כסתם מתניתין וסתם מתניתין אתיא כרבים עיין בבבא קמא (דף ע' ע"א) כסתם יחידאה לא אמר ועיין עוד בדברי התוס' שבת (דף פ"א ע"ב) ד"ה והא אמר בסיפא · ולא תוכל לומר דמיירי שנפל למאתים של היתר דהא כבר הוכיח הרא"ש דדוקא למאה ותשעים ותשע דאם לא כן אין הערלה מעלה את התרומה כלל כמבואר בתשובת הרא"ש שם אלא ודאי דגם הרא"ש ס"ל דאיסורין אין מבטלין זא"ז כדברי הרמב"ם ומה דמתיר שם הרא"ש היינו דוקא שיש נ"ט זיתים של היתר והיתר הוא מבטל את האיסור וצרוף את האיסור דבעינן הוא רק כדי שלא נטעום טעמא דאיסורא כמ"ש לעיל · והביא ראיה לזה מרים לקיש דס"ל דאיסורין מבטלין זא"ז חד בתרי כגון הפיגול והנותר וכו' וכיון דס"ל לר"ל דאיסורין מבטלין זא"ז אפילו חד בתרי כ"ש הכא שיש נ"ט זיתים של היתר שביטלו גופו של איסור ולא נשאר רק הטעם · מכש"כ שמסייעת לבטל הטעם ומשום הכי לא הביא הרא"ש מאי דמסיק שם הגמרא דרבי אליעזר פליגי על ר"ל משום דר' אלעזר לא פליג רק היכא שיש איסור לבד שיבוטל חד בתרי · אבל היכא שיש נ"ט זיתים של היתר המבטל את האיסור מודה · ובעיקר אי פיגול ונותר מעלין זא"ז מזה לא מיירי הרא"ש ולא רצה לפסוק כמאן כי אין הדין נוהג בזמנינו כי כן דרכו · וגם לא קשה לפי דברי הרא"ש אמאי לא פסק ר' יוחנן כסתם מתניתין דערלה משום דגם שם יש מאה ותשעים ותשע של היתר המבטלות את האיסור מצד דין תורה רק דחכמים החמירו מדבריהם דבעינן שיהיה מאתים עיין בגיטין (דף נ"ד ע"ב) הא הכי דמדאורייתא חד בתרי בטיל ורבנן הוא דגזרו ועיין בדברי המפרש בירושלמא פ"ב דערלה (דף ס') ולא משמע וכו' וכן משמע בדברי הרמב"ם שם בפרק ט"ו · וכיון דהכבר בטלה מן התורה רק דרבנן החמירו דבעי מאתים · מצטרפת הסאה של תרומה עם הקנ"ט של היתר לבטל אותם ומייתי הרא"ש ראיה לדבריו מכח כל שכן דהא רבנן יהבי שיעור דבעינן מאתים דוקא שיהיה ההיתר חשוב מאוד אז מבטל את הערלה ואעפ"כ מסייעת התרומה או הכלאי הכרם עם הקנ"ט של היתר לבטל את הערלה

הערלה · מכש"כ היכא דלא נתנו חכמים שיעור אף דאמור רבנן בששים היינו מן הסתם בטל בששים · אבל אי חזינן דיהיב טעמא אפילו יש ששים של היתר אסור לפי שיטת רש"י ולפי שיטת התוס' אי טעמו קפילא ואמר דליכא טעמא אפילו פחות מששים מותר ולרש"י אפילו לא יהיב טעמא בעי ששים עיין בחולין (דף צ"ח ע"א) ברש"י בד"ה בש' היכא דבדקינן וכו' ובתוס' שם בד"ה כל · וכן הוא דעת הרא"ש כדעת התוס' בפרק גיד הנשה סימן כ"ט ועיין בב"י בטור יו"ד סימן צ"ח · מכש"כ שמצטרף האיסור עם ההיתר לבטל טעמא דאיסורא ואם כן יכול להיות דהרא"ש מודה לדין הרמב"ם היכא דיש רק איסור לבד אין איסורין מעלין זה את זה ודינו של הרא"ש רק דיש היתר המבטל · אבל זאת מודה להרמב"ם דאיסורין אין מבטלין זה את זה · וכי תימא כיון דסובר הרא"ש דמתניתין דערלה מיירי שנתבטל הערלה מתחילה א"כ עכ"פ אסור מדרבנן · י"ל דבזה כל אפין שוין · כן הרמב"ם וכן הרא"ש מחלקין בין איסורי תורה לאיסורי דרבנן דאיסורא תורה אין מעלין זא"ז אבל באיסורי דרבנן מעלין זה את זה דהא חזינן דיש פלוגתא בין תנאים ואמוראים בבבלי ובירושלמי אפילו באיסורי תורה אי מבטלין זה את זה או לא · וא"כ נוכל לומר דבאיסור דרבנן כו"ע מודה דמבטלין זה את זה כיון דלא המיר איסורא כמו איסור תורה :

אך בזה המה מחולקים הרמב"ם עם הרא"ש דלהרמב"ם מיירי מתניתין דערלה שכבר נתבטלו הערלה או הכלאי כרם. (עיין ברמב"ם פרק ששה עשר הלכה י"ח והלכה י"ט בהלכות מאכלות אסורות ועיין בלחם משנה שם בהלכה י"ז) ולהרא"ש מיירי מתניתין דערלה שלא נתבטל כמבואר בתשובות הרא"ש ופי' המשנה להרא"ש על מתניתין דערלה · וכי תימא כיון דבזה שוים הרמב"ם והרא"ש דאיסורי דרבנן מבטלין זה את זה · למה הוצרך הרמב"ם לומר דוקא כשכבר נתבטלה הערלה אז מעלה את הכלאים אבל היכא שלא נתבטל מקודם אינו מעלה את הכלאים הא איסורי דרבנן מעלין זה את זה · יש לומר דהרמב"ם אזיל לשיטתי' דפסק שם בפרק חמשה עשר ה"ל י"ד דערלה וכלאי הכרם מצטרפין זע"ז וכיון דמצטרפין זע"ז האיך אחד יכול לבטל חבירו וכן סובר הרמב"ם דתרומה וערלה ג"כ מצטרפין עיין בדברי הר"ש פ"ב דערלה משנה יו"ד מסיפא דמן שלשה דייק דחשיב חד טעמא ועיין בתוס' שבת (דף פ"ט ע"ב) ד"ה אסורין · ובחידושי מהרש"א על תוס' בדברי המתחיל תבלין · ואף על פי שהרמב"ם פירוש על דרך אחרת מכל מקום לדינא י"ל דמודה ליה ודו"ק [ואע"ג דלא שוין בשיעורייהו ומבואר בשבת (דף ע"ו ע"א) הבגד ג' על ג' והשק ד' על ד' והעור ה' על ה' ומפץ ו' על ו' ותני עלה הבגד והשק השק והעור העור והמפץ מצטרף זה עם זה ואמר ר' שמעון מה טעם מפני שראוין ליטמא מושב טומאה דראוין ליטמא מושב אבל אין ראוי ליטמא מושב לא עכ"ל הגמ' · ולכאורה גם התרומה וכלאי הכרם ג"כ אינו שוה בשיעורייהו דתרומה במאה וכלאי הכרם במאתים א"כ איך נוכל לומר דמצטרפין תרומה עם כלאים דבשלמא ערלה וכלאים מצטרפין דשעורייהו שוה במאתים אבל תרומה עם כלאים אינו שוה · מ"מ י"ל הא מבואר בפירוש המשניות להרמב"ם פ' כ"ז ממסכת כלים משנה ג' כולן מצטרפין ואע"פ שאינו שוה בשיעוריהן לפי שיש להם ענין וכלל כולם והוא שכולם ראוים ליטמא משכב כמו שיתבאר בסוף רביעי ממעילה עכ"ל שם וה"נ אע"פ שאינו שוה בשיעורייהו ואיסורם אינם שוים כיון דהם ממין אחד הוא כוללם יחד ומצטרפין] ולכן אם נפלה סאה ערלה או כלאי כרם לקנ"ט חולין ואח"כ נפלה סאה תרומה הערלה או הכלאים אינו מעלה את התרומה כיון דמצטרפין זה עם זה מצטרפין עם הערלה או הכלאים והאיך יכולים לבטל את התרומה לכן אינו מעלה הערלה או הכלאים את התרומה אלא דוקא היכא שכבר נתבטל הערלה או הכלאים במאתים · אבל היכא שנפל סאה תרומה לנ"ט של חולין אעפ"י שלא נתבטלה התרומה בכל זאת מבטלת את הערלה או הכלאים כיון דנפלה תרומה תחילה אף אם יהיה החולין דין תרומה עליו לפי מה שכתבתי לעיל סברת הר"ן הא דאיסורין אין מבטלין זא"ז מפני ששוים לגמרי דדוקא איסור בהיתר בטל משום שאינם שוין שזה אסור וזה מותר · אבל התרומה שנפל קודם אף אם יהיה החולין דין תרומה אינו שוה באיסורייהו לערלה שנפלה אח"כ שהתרומה מותרת לכהן · וערלה אסורה אף לכהן · וגם לישראל אינו שוה איסורייהו דבתרומה אי בעי מיתשיל עליה ומותר אף לישראל אותו כאשר שנפלה אם יפריש אח"כ תרומה ממקום אחר ובערלה אין שום תקנה לכן מבטלת את הערלה · ואף שאמרינן בנדרים (דף נ"ט ע"א) אמרו בתרומה ביד כהן עסקינן דלא מצי למיתשל עליה · והרמב"ם סתם דבריו משמע דאף אם נפלה הסאה תרומה אחר שבאת ליד כהן ג"כ מעלה את הערלה והכא לא מצי ליתשוליה עליה: יכול להיות דהרמב"ם סובר כר' אליעזר ממין שהביא הרא"ש שם דכהן לא מצי למיתשיל עליה משום דהוא לא הפריש אבל ישראל שהפריש מצי למיתשיל והכסף משנה פרק רביעי מהל' תרומה ה"ל ט"ז ספוקי מספקא ליה אי הרמב"ם סובר כר' אליעזר ממין או לא ואינו מכריע וגם בלא"ה ניחא כיון דהתרומה מבטלה את הערלה או הכלאים להיות מותר לכהנים ולגבי כהן אין איסורם שוה. שהתרומה מותר לכהן וכיון שבטלה לגבי כהן בטלה נמי לישראל שלא מצינו שלזה יהיה מועיל הביטול ולזה אינו מועיל הביטול ואם נפל באופן זה שני סאין תרומה בקנ"ט של חולין אף שהחולין יש להן דין תרומה אם נפלה אח"כ סאה ערלה מעלה אותה מהטעמים שכתבתי · ואח"כ מעלה הערלה את התרומה ולא בעינן שנתבטל התרומה מקודם משא"כ כשנפלה סאה ערלה לקנ"ט חולין החולין יש להן דין ערלה ואינו יכול לבטל את התרומה שנפל אח"כ שיהיה מותרת אף לזרים דהא לזרים שוים איסורייהו להדדי דשניהם אסורים לזרים · ולמה שמצריכין הביטול הם שוין באיסורם ואדרבה חמיר ממנו דערלה אינו מצי למיתשיל עליה ותרומה מצי למיתשיל לכן לא מהני הביטול אם נפל באופן זה רק בעינן שנתבטל הערלה או הכלאי כרם קודם במאתים ואח"כ נפלה התרומה אז מעלין את התרומה · וגמלא לפירוש זה אינו קשה קושית הרא"ש בפירוש המשניות שם על הרמב"ם שכתב וז"ל · ועוד תימא דעל ריבא דהתרומה מעלה את הערלה פירוש כמו שאמר ר' אלעזר בירושלמי לא לתוך מאה אלא לתוך נ"ט ובסיפא לא אם לדברי ר' אלעזר ופירוש על דרך אחרת עכ"ל · פירוש לדבריו דבסיפא אם נפלה ערלה מקודם לתוך חולין ואח"כ נפלה התרומה הצריך הרמב"ם דדוקא אם כבר נתבטלה הערלה או הכלאים במאתים אבל כשלא נתבטלה אינו מעלה ולפי דברינו ניחא [וגם יש לתרץ על דרך אחרת דס"ל להרמב"ם דאיסורין אין מבטלין זה את זה אף כשאינו רק איסור דרבנן · לכן אינו מעלה את התרומה שנפלה אח"כ · אבל כשנפלה תרומה תחילה לנ"ט של חולין החולין דין תרומה להם ותרומה לא מיקרי איסור רק מיקרי דבר הנדור עיין בדברי הרמב"ם פרק א' מהל' נדרים ה"ל י"א וז"ל אבל האומר פירות אלו עלי כחלת אהרן או כתרומתו הרי אלו מותרין שאין שם דרך להביא אלו בנדר ונדבה עכ"ל משמע מדבריו הא אם דרך להביא אלו בנדר ונדבה מיקרי מתפיס בדבר הנדור וכן דעת הרא"ש בנדרים (דף י"ב ע"א) בד"ה כחלת אהרן וכתרומתו וכן דעת התוס' שם שהתרומה מיקרי דבר הנדור רק הם כתבו טעם אחר מפני מה אינו מיקרי מתפיס בדבר הנדור רק הר"ן סובר שם דמיקרי דבר אסור וכיון שכן דהרמב"ם סובר דתרומה מיקרי דבר הנדור נוכל לומר דדוקא איסורין אין מבטלין זה את זה אבל איסור הבא על ידי נדר דקיל מדבר איסור שאסרה התורה כמבואר בהרבה מקומות בגמרא ואחד מהם עיין ביבמות (דף ה' ע"א) שכן ישנו בשאלה משום הכי מעלה את הערלה או הכלאים אף כשלא נתבטל התרומה מקודם וגם לפי מה שכתבתי הטעם הא דאין איסורין מבטלין זה את זה משום דרוב האיסור אינו חשוב שיהיה המיעוט בטל אצלו אבל כשנפל קודם התרומה אף שהחולין דין תרומה עליהם מ"מ מותרת לכהנים ויכול להיות שהרוב שלכן הוא חשיב לבטל את מיעוט הערלה או הכלאים משא"כ כשנפלה הערלה מתחילה ודו"ק] וקושיא

הראשונה שהקשה הרא"ש על הרמב"ם עיין בר"ש פרק שני דערלה משנה ג' שסובר ג"כ כהרמב"ם בזה ומיישב הירושלמי שלא יקשה עליו :

אבל דעת הרא"ש דלא בעינן שיהי' כבר נתבטל ואפ"ה מעלה הערלה את הכלאים כיון דלא הוה רק איסור מדרבנן · ובאיסור דרבנן מעלין זה את זה ומתניתין אתיא כר' שמעון דס"ל במשנה א' שם דכלאי כרם עם הערלה אינם מצטרפין ומשו"ה מעלין זה את זה כיון דאיסורין משני שמות זה ערלה וזה כלאים · וכדמשמע מדבריו שם דאיסורין שאין מתרי שמות מבטלין זה את זה עיי"ש בדבריו שכן מבואר שם להדיא · ובמש"כ לעיל ג"כ יהי' ניחא דר"א סובר בגמרא דידן בזבחים (דף ע"ט) דאיסורין אין מבטלין זה את זה ובירושלמי פרק שני דערלה על מתניתין דתרומה מעלה את הערלה אמר ר' אלעזר לית כאן לתוך מאה אלא לתוך נ"ט ולכאורה קשה איך מעלה א"כ את הערלה כיון דעכ"פ אסורין החולין משום תרומה שנפלו איך מבטלין את הערלה אלא ודאי כיון דאינו אסור רק מדרבנן מבטלין את הערלה וגם מוכח מזה לפענ"ד לא כדברי הד"מ ולא כתשובות שער אפרים שהם הניחו בתימא איך פסק המחבר אם נפל כזית חלב בנ"ט זיתים של היתר וא"כ נפל כזית דם מבטלין זה את זה הא הרמב"ם ס"ל דאיסורין אין מבטלין זא"ז והבאתי קושיתם לעיל באריכות קצת הלא לא על המחבר קשה הא גם לר' אלעזר קשה זאת כיון דהוא סובר דאיסורין אין מבטלין זה את זה והאיך אמר כאן לתוך נ"ט והקושיא הזאת קשה גם לתשובת הרא"ש מקור דין זה של המחבר אלא ודאי לא שהתרומה מעלה את הערלה אלא הנ"ט שאין של חולין הוא מבטל · רק מדרבנן החמירו דבעי מאתים ע"ז סובר דהתרומה מסייעת לבטל את הערלה אבל אם מן התורה בעינן מאתים להעלות את הערלה לא היתה מסייעת התרומה לבטל את הערלה כמו שכתבתי לעיל · וכיון שכן קשה האיך הביא הרא"ש ראיה בתשובה לדין של הנ"ט זיתים הנ"ל שמסייעת הכזית חלב לבטל את הכזית דם הלא אסור מן התורה דטעם כעיקר אסור מן התורה וכן כתב הטור בשמו בסימן צ"ח דהרא"ש הסכים לסברת ר"ת דטעם כעיקר אסור מן התורה ואיך מביא ראיה ממתניתין דערלה מעלה את התרומה כיון דקשה דר' אליעזר דבבלי על ר' אליעזר דירושלמי מוכרחים אנו לחלק בין איסור דרבנן ובין איסור דאורייתא משום כיון דערלה אינו אסור רק מדרבנן דכבר נתבטל ברוב ואיך מביא ראיה שמבטל את הכזית דם הכזית חלב שנפל מתחילה בתוך נ"ט זיתים של היתר הא הנ"ט זיתים של היתר אסור מן התורה וגם הכזית דם אסור מן התורה · אלא ודאי כמו שכתבתי לעיל דגוף האיסור של חלב שנפל מתחילה לתוך הנ"ט זיתים של היתר כבר נתבטל מן התורה ולא נשאר רק טעם לבד והוא אין צריך ביטול כלל כמו שכתבתי לעיל באריכות · רק צריכין שלא יהיה נרגש בפיו טעם האיסור · וכיון שאח"כ נפל כזית דם ליכא לא טעם דם ולא טעם חלב ממילא מותר ולא משום ביטול קא אתינן עלה · ומה שהביא הרא"ש ראיה ממתניתין דערלה כך הוא · דהא חזינן התם דאף מדרבנן בעי מאתים ודוקא מאתים לא פחות ואפ"ה מסייעות לבטל את הכלאי הכרם מכש"כ היכא דליכא רק טעמא לבד וע"ז לא נתנו שיעור לא מן התורה ולא מדרבנן כי אפילו פחות מששים אי ליכא טעמא מותר כמו שכתבתי לעיל לדעת הרא"ש וסייעתו · וכיון כשאח"כ נפלה הכזית דם וליכא טעמא לא של חלב ולא טעם הדם לו יהא שאין מצטרפת הכזית של חלב עם הנ"ט זתים של היתר לבטל את הדם מ"מ בטל הוא בנ"ט של היתר כיון דליכא טעמא · וחכמים לא אמרו דבעינן דוקא ששים · ועיין מה שכתבתי לעיל ביאור זאת הסברה באריכות קצת · וכן משמע עוד בירושלמי מאי דאיתא שם אמר רבי בירייס לא שהתרומה מעלה את הערלה אלא שהתרומה מצטרפת לחולין להעלות את הערלה וכו' עכ"ל הירושלמי משמע להדיא דהתרומה לא מעלה את הערלה רק הנ"ט של חולין מבטל את הערלה דאל"כ מאי משמעינן ר' בירייס וגם מתוך הלשון לא שהתרומה מעלה את הערלה משמע כך דהתרומה אינו מעלה כלל ועיין בדברי המפרש ולפי דברינו ניחא :

ולפי מה שכתבתי טעם של הרמב"ם דבעינן שיתבטל הערלה מקודם במאתים אז מבטל את הכלאי כרם אבל קודם שנתבטל הערלה במאתים כגון שנפל לתוך קנ"ט של חולין אף דיש השתא מאתים לא מבטל את הכלאים שנפל אח"כ · וכתבתי שהטעם הוא משום דערלה וכלאי כרם מצטרפין ואיך יוכל לבטל זא"ז עיין שם · יהיה ניחא דלכאורה קשה על המחבר האיך פסק אם כזית חלב נפל לתוך נ"ט זיתים של היתר ואח"כ נפל כזית דם מבטלין זה את זה הלא ברמב"ם מבואר דבעינן דוקא שנתבטל מקודם הערלה אז מעלות את הכלאי כרם · אבל הכא לא נתבטל מקודם הכזית חלב ואיך כתב דמבטלין זה את זה וגם לא הביא דעת הרמב"ם כלל אבל לפי מה שכתבנו ניחא דהא כזית חלב וכזית דם אין מצטרפין זע"ז דהא מין בשאינו מינו הוא לכן מבטלין זה את זה אבל ערלה וכלאי כרם דמין במינו הוא מצטרפין זה עם זה כמו שפסק הרמב"ם והבאתיו לעיל וכיון דמצטרפין זה עם זה אין אנו יכולים לומר דמבטלין זה את זה לכן בעי הרמב"ם דדוקא דאם כבר נתבטלה הערלה במאתים אז מעלה את הכלאים אם נפלה אח"כ אבל קודם שנתבטלה אינו מעלה · ולפי דברינו הלה ניחא מה שהקשה הבית הלל (בסימן צ"ט ס"ק ד' ביו"ד) והביא דבריו בח"י (סימן תע"ה סעיף א' אות י') שתמה שם על הרא"ש והטור וב"י שפסקו שם בפשיטות דאיסורין מבטלין זה את זה וכתב ותמיהא נפלאה נעלם מהם מה דאיתא בפרק התערובות (דף ע"ט) על הא דר"ל דאיסורין מבטלין זא"ז ופליגי דר' אלעזר דאמר כשם שמצות אין מבטלין זה את זה כך איסורין אין מבטלין זו את זו מאן שמעת ליה דאמר דמצות אין מבטלין זו את זו הלל הוא דתניא אמרו עליו על הלל הזקן שהיה כורך בבת אחת ואוכלן משום שנאמר על מצות ומרורים יאכלוהו · ומאחר דבגמרא זו תלינן דין דאיסורין אין מבטלין זה את זה בדין מצות אין מבטלין זו את זו כהלל שהיה כורכן ביחד ואנן פסקינן בפרק ערבי פסחים לצאת ידי כולם לחומרא ולמה פסק כאן לקולא דאיסורין מבטלין זה את זה עכ"ל הבית הלל · ולפי דברינו ניחא דהדין המבואר ביו"ד סימן צ"ח אינה דומה לכך פלוגתא דר"ל ור' אלעזר דאיסורין מבטלין זא"ז אי לא דבגמרא מיירי כשיש שם רק איסור לבד ופליגי אי איסור מבטל איסור אחר או לא · ובזה אמר ר' אלעזר כשם שמצות אין מבטלין זו את זו כך איסורין אין מבטלין זו את זו והדין המבואר (בסימן צ"ח) שם מיירי להדיא שיש נ"ט זיתים של היתר ונפל כזית דם ואח"כ כזית חלב דגופו של איסור החלב והדם שנתנה התורה שיעור בטילה חד בתרי כבר נתבטל בנ"ט זיתים של היתר ורק שלא יהיה נרגש טעם האיסור דטעם כעיקר ע"כ מהני החלב והדם לבטל זא"ז כמו שכתבתי לעיל בטוב טעם ודעת · היוצא מדברינו אף מה שפסקו הטור והמחבר בסימן צ"ה הנ"ל בדין הנ"ט זיתים של היתר הנ"ל אינו נגד דעת הרמב"ם שפסק דאיסורין אין מבטלין זא"ז אלא דיוכל להיות שגם המה מודים להרמב"ם דאיסורין אין מבטלין זא"ז וכיון דהתמים דעים סובר דהיתר בהיתר אם בטל או לא תלוי בהך פלוגתא דר"ל ור' אלעזר דהיתר בהיתר לא בטל וכיון דהיתר בהיתר לא בטל לא נתבטל המיעוט הלימו"ן מה שיש בתוך אתרוג המורכב אף שהרוב הוא אתרוג כיון דהיתר בהיתר הוא וא"כ הוה אתרוג החסר · ולפ"ז יהיה פסול אתרוג המורכב · וכ"ת אף שלא נתבטל מיעוט הלימו"ן ברוב האתרוג קודם יו"ט דהיתר בהיתר הוא מ"מ בטל הוא ביו"ט כיון דביו"ט פסול הלימו"ן ליקח בתוך אתרוג והוה כמו איסור בהיתר דבטל כמו שמצינו בהרבה מקומות ואחד מהם בשבת (דף ס"ה ע"ב) סבר שלא ירבה נוטפים על הזוחלין עיין ברש"י ובתוס' שם אבל הנלענ"ד דלא בטל אף ביו"ט · דבודאי זאת אין סברה דקודם החג ולאחר החג אסור להרכיב ובתוך החג יהיה מותר וכשאתה בא בתוך החג ליטלו בתורת אתרוג תימא דבטל מיעוט הלימו"ן בתוך הרוב אתרוג על ימים ולא מצינו כזאת שנבטל רק על זמן ולא קודם לכן ולא

אחר

אחר כן ואם כן הא האתרוג המורכב יכולים לפוסלו מטעם חסר :

פרק י אות ג

אך יש להביא ראיה דהיתר בהיתר בטל מפרק ט' דכלאים משנה א' צמר גמלים וצמר רחלים שטרפן זה בזה אם רוב מן הגמלים מותר ואם רוב מן הרחלים אסור מחצה על מחצה אסור וכן הפשתן והקנבוס שטרפן זה בזה עכ"ל המשנה וכן פסקו בטור יו"ד ובשולחן ערוך סימן רצ"ט נמצא מבואר דהיתר בהיתר בטל דהא צמר גמלים וכו' עם צמר רחלים הוה היתר בהיתר · אך הראיה זאת יש לדחות דאיתא בבכורות (דף י"ז ע"א) אמר ר' אחא בר יעקב הכל מודים דאין לוקין על צמרו משום כלאים ופירוש רש"י על צמרו של שה שאינו מיוחד שם לדורותיו עכ"ל (פירוש לפירושו שהיה מכמה דורות שלפניו אביו שיצא ממינו השה הזה עז) שנאמר לא תלבש שעטנז צמר ופשתים יחדיו מה פשתן שלא נשתנו אף צמר שלא נשתנו כו' אמר רב אשי אף אנו נאמר הדלה גפן ע"ג התאנה יינה פסול לנסכים וכו' אף נסכים שלא נשתנו · מתקיף לה רבינא הדלה פשתן ע"ג סיגא ה"נ דליפשתו א"כ לא מניא אמרת מה פשתן שלא נשתנה דהא פשתן נמי משתני א"ל זה נשתנה ריחו וזה לא נשתנה ריחו עכ"ל הגמרא הרי דחזינן דרבינא היה סובר דאם הדלה פשתן ע"ג סיגא מיקרי נשתנה רק דאח"כ מסיק דלא מיקרי נשתנה דלא נשתנה ריחו ובפירוש המשניות להרמב"ם ז"ל שם פירוש טרפן כתשן זה עם זה · וכיון דכתשן זה עם זה עד שאינו ניכר שהוא צמר רחלים והכל יאמרו שהוא צמר גמלים כיון שהוא רוב מיקרי נשתנה מברייתה ולא הוה דומיא דפשתן אבל כשהיה רק מחצה על מחצה אף שכתשן מ"מ לא מיקרי צמר גמלים כיון שיש מחצה מצמר רחלים ואתה תוכל לקרות צמר רחלים לכן הוא אסור · אבל לא מטעם ביטול קא אתינן עלה דהיתר בהיתר לא בטל · אך מדברי הרמב"ם פרק י' דכלאים נדחת סברתינו שבהלכה שם העתיק המשנה דצמר רחלים וצמר גמלים שטרפן זה בזה וכו' ומסיק מפני שאינן חוטי צמר ופירוש שם הכ"מ והביא בשם הסמ"ג דאם היה חוטין חשיבי ולא בטלי · ואח"כ בהל' ז' כתב וז"ל לפיכך עורות הכבשים שעושין בהם הבגדים אע"פ שתופרין אותן בפשתן מותרין ואין חוששין לנימת של צמר אע"פ שנכרכו בכלל חוט הפשתן שתפרו בו שהרי בטלו במיעוטן עכ"ל ואם היה הרמב"ם סובר כסברתינו דהטעם דצמר רחלים וצמר גמלים שטרפן זה בזה מותר דמיקרי משתנה האיך הוציא הרמב"ם מזה דין דעורות הכבשים · דהרי שם בודאי לא מיקרי משתנה מברייתה · אך נראה לי באופן אחר לדחות שאין ראיה מצמר גמלים וצמר רחלים שטרפן וכו' דהיתר בהיתר בטל · דלכאורה קשה על הרמב"ם מה שמשמע מתוך דבריו שאם היה חוטין לא היה בטילין מפני חשיבותן כמו שהבאתי לעיל בשם הסמ"ג מאי חשיבותייהו דחוטין · ואח"כ מצאתי בספר נודע ביהודה חלק י' במהדורא תנינא כתב וז"ל וצריך לעיין דמאי חשיבותייהו דחוטין אטו חוטין הן דבר שבמנין או ראוי להתכבד בו ולמה לא יהיה בטילה · גם התוספתא שהביא הסמ"ג שם בתוספתא שלנו אין הלשון כן וכו' עכ"ל ועוד קשה לי מה שכתב הרמב"ם בעורות הכבשים שתפר אותן בפשתן שאין חוששין לנימות של צמר שנכרכו בחוט הפשתן שהרי בטלה במיעוטן · הא כבר בררתי לעיל הדבר שמכירו אינו בטל והרי נימות של צמר ניכרין הן ובפרט כיון שהן מחוברין בעורות בודאי יכול להכירן ואיך בטל במיעוטו · ואוסיף עוד להביא פוסקים שסוברים דדבר הניכר אינו בטל שהרי הנודע ביהודה שם הביא בשם הרא"ש בתשובה כלל ב' סימן ה' שנשאל על בגד וכו' הא ליתא בשנינו בתוספתא משנה זו במה דברים אמורים שהביא פשתן עמהם וטרפן זה בזה פירוש ואינו ניכר זה בפני עצמה וזה ב"ע אבל העושה חלוק שכולו צמר גמלים וכולו צמר ארנבים ואורג בו חוט אחד של צמר בצד זה וכו' והוא השתי בפ"ע ותופרו בצד השרבל אסור עכ"ל הרא"ש הרי מבואר בתוספתא שהביא הרא"ש בהדיא שבדבר הניכר לא שייך ביטול וכן הביא הנוב"י שם בשם הרשב"א בתשובה (סימן רנ"ט ע"ב) שהביא גוף התשובה ואיך כתב הרמב"ם דנימות של צמר בטילה במיעוטה הלא יכול להכירה · ונראה לפענ"ד לתרץ לדברי הרמב"ם ובתוך זה יהיה נסתר הראיה שהבאתי מהך דצמר גמלים וצמר רחלים שטרפן וכו' דהיתר בהיתר בטל וקודם שנתרץ את זה נדקדק בדברי הרמב"ם שסיים שהרי בטל במיעוטן וזה הלשון לא מצינו כמעט בשום מקום רק שמצינו לשון שיהיה בטל ברוב אבל לא מצינו הלשון בטל במיעוטן ונראה לפי עניית דעתי שברוב המקומות שמצינו שיהיה בטל ברוב מצד הסברא אין אנו מבינים מפני מה בטל ברוב אם נתערב חתיכה אחת של איסור גדולה בשתי חתיכות של היתר וכדומה לזה בשאר עניני ביטול מפני מה יהיה בטל הלא כאן יש חתיכה גדולה של איסור מצד הסברא נותנת שלא יהיה בטל רק שאמרה התורה אחרי רבים להטות כדאיתא ברש"י בחולין (דף צ"ח ע"ב) ד"ה דמדאורייתא וכו' דמזה ילפינן דבטל אם נתערב חתיכה של איסור בשתי חתיכות של היתר · בזה נ"ל דהיתר בהיתר לא בטל או שאר ענינים דיני ביטול דלא מהני · דמה שאמרה התורה דתבטל בטל אבל מה שלא מבואר בתורה דבטל לא מהני ביטול דהוי כעין חידוש שחידשה התורה דמהני ביטול ואין לך בו אלא חידושו אבל לא יותר · אבל גבי צמר גמלים וצמר רחלים שטרפן וערבן זה בזה דמותר לא מטעם ביטול ברוב קא אתינן כשאר עניני ביטול אלא מחמת כיון שכתשן או ערבן זה בזה והרוב הוא מצמר גמלים נהפך המיעוט צמר רחלים שיהיה שוה במראה שהכל אומרים שכולו צמר גמלים כי מסתמא המיעוט נהפך שיהיה שוה במראה ובשאר ענינים להרוב · אבל זאת שיהיה הרוב נהפך שיהיה למיעוט מצד הסברא אינו כן · וזה מבואר ברמב"ם שכתב וז"ל ואם היה הרוב מן הגמלים מותר לערב עם הפשתן מפני שצורת הכל צורת צמר גמלים וכו' עכ"ל ואם היה הטעם מחמת מבטל ברוב מאי נפקא מינה אם לא היה צורת הכל צורת צמר גמלים וכ"ת שאם לא היה הכל צורת צמר גמלים אינו בטל מפני שיכול להכירן א"כ קשה למה כתב הרמב"ם בעורות הכבשים שנתפרו בחוטי פשתן שאין חוששין בנימות של צמר שנכרכו בחוטי פשתן מפני שהוא בטל הלא גם שם יכול להכיר · לכן אם יש רק מחצה מצמר גמלים ומחצה מצמר רחלים אסור דמחצה של רחלים נשארו כמו שהיה מתחלה אע"פ שטרפן וכתשן כיון שהם שוה בשוה · דדוקא אם היה מיעוט מצמר רחלים נהפך להיות שוה במראה לצמר גמלים ולכן דינין לה לצמר רחלים כמאן דליתא שהוא מצד הסברא שהוה כמו שנאבד מן העולם מאי נפקא מינה שהוא היתר בהיתר הלא הוה כמו שלא היה כלל הצמר רחלים רק צמר גמלים לבד · לכן מסיים הרמב"ם בנאות לשונו גבי עורות התפורים בחוטי פשתן אע"פ שנכרכת על החוט נימות של צמר בכל זאת מותר שהרי בטלו במיעוטן · פירוש כיון דצמר של רחלים דנכרכת על החוטי פשתן הוא רק נימא בעלמא ומפני עולם מיעוטה הוה כמאן דליתא ובטלה מחמת מיעוטן ולא מטעם שנתבטל ברוב לכן דקדק הרמב"ם וכתב שבטלה במיעוטן ולא כתב שהן בטלו ברוב · ולכן לא קשה הלא יכול להכירן הנימות של צמר הנכרכת בחוטי פשתן ואיך הוא בטל · זה הוא דוקא אם הוא בטל ברוב על זה לא מהני אם יכול להכיר את האיסור ואינו בטל ברוב · אבל היכא דבטל מצד עולם מיעוטו דהוה כמאן דליתא אף דיכול להכיר את הנימות של צמר רחלים מותר · וכיוצא בזה כתב הנודע ביהודה בסימן קפ"ו הנ"ל בד"ה ובגוף כו' וז"ל נראה דצריכא וצריכא דלא תימא דחוט בכל הבגד מחמת מיעוטו בטל אפילו אם יכול להפש אחריו ולהכירו והוא דומיא דכלאי זרעים דבטלה באחד ומאתים וזה לשון הרשב"א וכו' עכ"ל עיי"ש שמבואר בתשובות הרשב"א בכלאי זרעים מחמת דבעינן מאתים לבטל אותם מחמת

עילם

עולם מיעוטן בטל אף אם יכול להכירן ובזה יהיה מתורץ הקושיא שהקשינו מה החשיבות יש עם נתערב החוט של פשתן בצמר גמלים הלא אינו דבר שבמנין ולמה סובר הרמב"ם והסמ"ג דאינו בטל מחמת שיש החשיבות בחוטין · ולפי מה שכתבתי ניחא דמעולם לא עלה על דעת הסמ"ג לומר דהחשיבות החוטין יהיה כמו דבר שבמנין, או דבר הראוי להתכבד דודאי זה אינו · אלא כך הוא סברת הסמ"ג כיון דחוטין המה לא נוכל לומר מחמת עולם מיעוטן הוה כמאן דליתא דזה דוקא גבי נימות של צמר הוא דאמרינן כן אבל חוטין · כיון דחשובין יותר מנימות של צמר לא אמרינן שיהיה כמאן דליתא ולא מטעם דחשיבות יש בחוטין רק דנימות של צמר גרועין יותר שאינם נחשבים כלל לכן מחמת עולם מיעוטן הוה כמאן דליתא · אבל חוטין אינם גרועים והוה לשאר דברים לא נוכל לומר דמבטל מחמת עולם מיעוטן וזה כוונת הסמ"ג דחשובין יותר מנימות של צמר · ולאחר שבירנו כל זאת אינו ראיה מצמר גמלים וצמר רחלים שטרפן וכו' שהיתר בהיתר יהיה בטל ולפי דעת הרמב"ם דאיסורין אין מבטלין זה את זה היתר בהיתר נמי לא בטל לפי דעת התמים דעים · וא"כ אנו יכולים לפסול אתרוגים המורכבים מטעם הסר כי יש שם מישוע מן הלימו"ן וכן משמע שדעת הנודע ביהודא בסימן קפ"ו הנ"ל דהיתר בהיתר לא בטל :

פרח י אות ד

אבל נראה לפענ"ד דהיתר בהיתר בטל · הדא דבתוספות (בע"א דף ס"ו ע"ב) בד"ה רבא מבואר דחמץ שנמלאת באחת מן המלות בי"ד · לא מיבעיא קודם ו' שעות דמותרות האחרות לפי שבטל בששים כמו חמץ שלא בזמנו וכו' עכ"ל התוס' והביאם הפרי חדש בסימן תמ"ז בהל' פסח באות ד' ומבואר בדברי הפרי חדש שם דזה מיקרי היתר בהיתר יותר מצמר גמלים וצמר רחלים דאיסור שעטנז נוהגת לעולם מה שאין כן גבי חמץ דאינו אסור רק בפסח עיי"ש באריכות קצת וכזאת הסברא כתב ג"כ הגאון רבינו עקיבא איגר בתשובותיו סימן ל"ה · והנה הנוב"י בסימן קפ"ו הנ"ל דחה ראיות הסמ"ק שהביא ראיה דהיתר בהיתר בטל מחמץ קודם הפסח שבטל בששים כתב ע"ז הנוב"י והראיה שמביא מחמץ קודם הפסח אין ראיה וז"ל שאפילו אם היתר בהיתר אינו בטל מ"מ כשמגיע ערב פסח אחר שכבר הוא איסור ושיעורו בששים ונתבטל אז ואפילו לדעת הבעה"מ שחמץ בע"פ מותר אפילו באכילה עד הלילה מ"מ אין החמץ נקרא היתר שהרי עכ"פ חייב להשביתו אז אלא שסובר בעה"מ שבאכילתו הוא משביתו אבל עכ"פ שם איסור עליו שחייב להשביתו ואינו רשאי ליתנו לעכו"ם שמבטל מצות השבתה וכשנתערב בו דבר אחר שפיר בטל דמקרי איסור ולכן אינו חוזר וניעור בפסח עכ"ל אבל משמע מדברי הפרי חדש הנ"ל מדברי רע"א הנ"ל שאינם סוברים זאת הסברה ואדרבה שהם כתבו שזה יותר מיקרי היתר בהיתר מצמר גמלים וצמר רחלים ואף לפי סברת הנוב"י שאין ראיה מסתם חמץ דהיתר בהיתר בטל מ"מ מדברי התוס' הנ"ל מוכח להדיא דס"ל דבטל אף קודם חצות שכתבו שם על חיטי המן שנמלאת באחת מן המלות בי"ד דלא מיבעיא קודם ו' שעות דמותרות האחרות לפי שבטל בששים כמו חמץ שלא בזמנו אלא אפילו אחר שש שעות מותרות האחרות משום דלא הוה חמץ בזמנו וחמץ שלא בזמנו אינו במשהו עד זמנו ממש דהיינו בזיין ימים של פסח כו' עכ"ל התוס' · מוכח מדבריהם דמה שכתבו מתחילה דלא מיבעיא קודם שש שעות דמותרות האחרות אפילו תימא דאם נתערב חמץ אחר ו' שעות דאסור במשהו אפי"ה אם נתערב קודם שש שעות בטל בששים אלא דאה"נ מסיק התוס' דאם נתערב חמץ אפילו אחר שש שעות דמותרות וכן דעת השיבולי לקט בשם רבינו שמחה והביא הב"י בהל' שבת בסימן ש"ח בד"ה כלי ראבון מבטל כתב וז"ל על המלח שנתנו ביורה רותחות במזיד בשבת אינו רואה בה טעם לאסור וכו' ומטעם דבר שיש לו מתירין אינו נראה לאוסרו שהרי נתבטל קודם שנעשה איסור על ידי בישול דצריכא מילחא בישולא כבישרא דתורא ובשעה שנימוח נתבטל עכ"ל הרי מבואר בדבריו להדיא דהיתר בהיתר בטל שהמלח קודם שנתבשל רק שנימוח בעלמא אין על המלח בזה איסור כלל ואפי"ה ס"ל דבטל המלח קודם הבישול · וכן דעת המרדכי בפרק כל שעה וכן כתב הראב"ד בספר תמים דעים ומשמע מדברי הפרי חדש שם שהר"ן בתשובה סימן ס"ב וס"ד הביא דעת המרדכי והראב"ד הנ"ל וכן דעת הר"ן הנ"ל וכתב הפ"ח שהביאו ראיה מצמר גמלים וצמר רחלים שטרפן זה בזה ומסיק אח"כ מכאן שמעינן שהיתר בהיתר מתבטל עיי"ש בדברי הפ"ח · וכן הוא דעת האו"ה בכלל כ"ד דין ה' הובא דבריו בנוב"י שם והאיסור והיתר הנ"ל הביאו רמ"א ביו"ד סימן ל"ט סעיף ז' ומשמע שם שכן דעת הש"ך שכתב דברי איסור והיתר הנ"ל דהיתר בהיתר בטל ולא כתב ע"ז כלום משמע שדעתו לפסוק כאיסור והיתר וכן הוא דעת מרדכי והארוך והאגודה והכ"ח והלבוש שכולם הקשו על העושה סוכתו תחת האילן והשפיל הענפים של האילן ועירבם עם הסכך בענין שלא יהיה ניכרים · הסכך הכשר רבה עליהן ומבטלן והקשו ע"ז והא אין מבטלין איסור לכתחילה והקושיא זאת הביא הט"ז באורח חיים סימן תרכ"ו ס"ק ב' והבאתי דבריהם לעיל דמשמע מדבריהם מטעם ביטול קא אתינן עלה · והלא היתר בהיתר הוא · וזאת נוכל לדחות שמהמרדכי והארוך והאגודה והכ"ח והלבוש אין ראיה דאיכא למימר דלאו קודם סוכות נתבטל דהיתר בהיתר הוא אלא בתוך החג אז הוא בטל · ואעפ"כ הקשו הא אין מבטלין איסור לכתחילה כיון שמערבן שיהיה בטל בתוך החג · אך אחד מבני חבורה המופלג בתו"י מהו' אלתר ב"ר קלונימוס הכהן מבירז אמר לי בעת שאמרתי זאת לדחות שאין ראיה מהמרדכי והארוך והאגודה והכ"ה והלבו"ש דס"ל דהיתר בהיתר בטל אמר לי שמ"מ מוכח מדבריהם כן דאי תימא דקודם סוכות לא נתבטל דהיתר בהיתר הוא רק הביטול הוא בסוכות א"כ פסול הסוכה מחמת תעשה ולא מן העשוי דבעת שסוכך עליה הוה הסוכה פסולה אך אח"כ הוכשר מאליה בחג הסוכות שאז זמן הביטול הוה תעשה ולא מן העשוי כי הסוכה נעשית מאליה ולא ע"י אדם אלא ודאי דנתבטל קודם חג הסוכות בעת שסוכך הסוכה ואז הוה היתר בהיתר ואפי"ה בטל אלא ש"מ דס"ל דהיתר בהיתר בטל ע"כ מה שאמר לי ושפתיו ברור מללו · ואף שעדיתי נראה לעיל שגם הם הולכים בדרך הר"ן שבאמת אינם בטלים ענפי האילן בתוך הסכך הכשר כיון שיכול להכירן עיי"ש מה שכתבתי קצת באריכות · מ"מ כבר הוכחנו דעכ"פ לכל הפחות מדרבנן בעי רובא לבטלן מדהקשו הא אין מבטלין איסור לכתחילה אלא ע"כ מדרבנן בעי ביטול עיי"ש · והאיך בטל הא היתר בהיתר הוא אלא ע"כ דהיתר בהיתר בטל · ואין לומר כמו שבכל מקום דלא מהני ביטול האיסור ואפי"ה מהני כאן · וא"כ נוכל ג"כ לומר אף דהיתר בהיתר בעלמא לא בטל אבל הכא בטל כיון דמן התורה בפלגא סגי כסברת הר"ן שהבאתי לעיל · אבל נראה לפענ"ד שאין דומין זה לזה כלל דבשלמא אף שיכול להכיר ענפי אילן המחובר בכל זאת הוא בטל כי כפי המדומה בעת שמעורבים דומה ממש סכך הפסול לסכך הכשר וכולם אומרים שכל הסוכה מסוכך בסכך כשר · לכן אמרו חכמים שמהני ביטול כזה · אבל היתר בהיתר ליכא למימר שכולם יאמרו שענפי אילן הוא סכך פסול אדרבה יאמרו שהכל סכך כשר והיתר בהיתר הוא · אבל מה שלא יכול להתבטל משום שיכול להכירן לפי דנויגס סוברים שאינו יכול להכירן · זאת ועוד אחרת כי כל מה דתקון חכמים כעין דאורייתא תיקון בשלמא מה שתקנו חכמים דאף שיכול להכיר הענפי אילן דבטל מפני שמלינו כיוצא בזה בכלאי זרעים דבטל אף אם יכול להכיר את האיסור כמו שמבואר ברשב"א בתשובתו שהבאתי לעיל אבל היתר בהיתר אם נאמר דלא בטל לא מלינו דאמרה תורה במקום אחר שיהיה היתר בהיתר בטל לכן לא נוכל לאמר דאף בעלמא לא מהני ביטול היתר

בהיתר

בהיתר אבל הכא תקנת חכמים הוא דיבטל היתר בהיתר · דמנין לנו לומר כן אם לא מצינו כיוצא בו ונכון הוא · וכן דעת הפ"ח באו"ח סימן תמ"ז סעיף ד' שמתחלה כתב שם בשם נאמר דהיתר בהיתר לא בטל אפילו למאן דסובר דאין חוזר וניעור הכא לא שייך לומר אין חוזר וניעור שמעולם לא נתבטל ואח"כ בקיל וטרי אי חוזר וניעור או לא ואף דמסיק הילכתא שחוזר וניעור מ"מ אם נאמר דהיתר בהיתר לא בטל מה שייך לומר שחוזר וניעור הא מעולם לא נתבטל כלל וכן משמע לפי דבריו מכל הגאונים דהיתר בהיתר בטל מדכתבו רק שחוזר וניעור שמעת מינה דהיתר בהיתר בטל רק דחוזר וניעור · מכ"ש למאן דסובר דאינו חוזר וניעור בודאי מוכח דסוברים דבטל אף דהיתר בהיתר הוא וכבר כתבתי לעיל שהפ"ח לא נחת לסברת הנוב"י וגם מוכח קצת מתשובות הגאון ר"עא ז"ל שגם הוא סובר דהיתר בהיתר בטל · אף שדחה ראיות הר"ן שהביא דהיתר בהיתר בטל מצמר גמלים וצמר רחלים שטרפן זה בזה בכל זאת לדינא מוכח קצת דמודה להר"ן בתשובה דהיתר בהיתר בטל מדלא פליג עליה רק דחה ראיתו · העולה מדברינו דדעת הראב"ד בספר תמים דעים והמרדכי והר"ן בתשובה ומרדכי ארוך ואגודה והלבוש והב"ח והש"ך ופ"ח כולם סוברים דהיתר בהיתר בטל וגם דעת האו"ה ורמ"א כן וגם דעת התוס' והשבולי לקט בשם רבינו שמחה כולם סוברים דהיתר בהיתר בטל · וכן הוא דעת רמ"א באורח חיים סימן ש"ח שמביא דעת השבולי לקט לפסק הלכה וכן הוא דעת המ"א שם בס"ק ל"א וכן נראה שגם דעת הט"ז כן אלא שתמה על שבולי לקט מה שמתיר מטעם זה וזה גורם אבל על זה לא תמה מה שכתב דהמלח כבר נתבטל בעת שנמחה קודם שנתבשל אף דהיתר בהיתר הוא משמע דבזה מסכים לדעת השבולי לקט · וכן דעת הפ"מ בפתיחתו להלכות תערובות חלק שני פרק א' דהיתר בהיתר בטל מין בשאינו מינו · ואף שהגאון רבינו עקיבא איגר בתשובתו סימן ל"ח חלק עליו לא חלק עליו רק בזה שאין חלוק בין מינו לשאינו מינו לפי דעת הר"ן בנדרים · אבל זאת יכול להיות שסובר רע"א שהיתר בהיתר בטל אף מין במינו · והעומדים כנגדם דסוברים דהיתר בהיתר לא בטל הוא דעת הרשב"א לפי מה שפירש הנוב"י דבריו שם ודעת הנוב"י בעצמו שם דהיתר בהיתר לא בטל · ויש לנו לילך אחרי רבים שהם גדולי ראשונים ואחרונים ובתראי ועמודי הוראה שכל בית ישראל נשען עליהם והנודע ביהודא לא הביאם כלל · וכיון שכן שבררנו דהיתר בהיתר בטל א"כ אין אנו יכולים לפסול אתרוגים המורכבים מטעם חסר שיש בתוכם מיעוט מן הלימו"ן כיון דבטל ברוב האתרוג · ואף לפי דברי התמים דעים שתלה דין היתר בהיתר אם בטל אי לא אי אמרינן איסורין מבטלין זא"ז היתר בהיתר נ"כ בטל ואי אמרינן שאיסורין אין מבטלין זא"ז היתר בהיתר נ"כ לא בטל כמש"כ לעיל בשמו וא"כ הרמב"ם דפסק דאיסורין אין מבטלין זא"ז והבאתי דבריו לעיל א"כ ס"ל דהיתר בהיתר לא בטל יש לנו עוד טעם אחר להכשיר אתרוגים המורכבים · דמה שהביא מהר"ם אלשיך ראיה לפסול אתרוגים המורכבים מהך דילדה שסבכה בזקנה בטלה הילדה בזקנה ואינו צריך לנהוג דין ערלה בהילדה וה"נ כן הוא דיניקת האתרוג בטלה בתוך אילן הלימו"ן ולא הוה אתרוג והבאתי דבריו לעיל באריכות קצת · לפי דברי התמים דעים לא דמי זה לזה · דבשלמא הא דאמרינן דבטלה יניקת הילדה בתוך הזקנה דהזקנה היא היתר והילדה היא אסורה מדין ערלה לכן אמר הגמרא דבטלה הילדה בהזקנה אבל הכא בהך אתרוג המורכב בתוך הלימו"ן דשניהם הן מותרים הן האתרוג והן הלימו"ן לא בטלה יניקת הענף אתרוג המורכב בתוך הלימו"ן כיון דהיתר בהיתר הוא ואין אנו יכולים לפוסלו מטעם זה כי הוא חסר כיון דהיתר בהיתר לא בטל דבאגודת אזוב שם בא"ת ט"ו כתב דכיון דמבחוץ יש להם כל תואר ומראה אתרוג כמוש שכתב מהר"ם אלשיך ז"ל שאין שינויהם שינוי אלא בענין המוך כנ"ל וכן באתרוגים שבנידון דידן אין נראה בהם שום שינוי מבחוץ א"כ גם שיהיה בהם שינוי בפנים הוה ליה חסרון בפנים · דלא שמיה חסרון כדאיתא בפרק ג' דסוכה (דף לו) ובסימן תרמ"ח סעיף ד' באתרוג שנימוח כו' ואפילו להיש פוסלים שם היינו משום שנולדו בו סימני טריפה דמשום הא איבעיא לן ולא איפשט אבל לא מטעם חסרון ובנידון דנן הרי האתרוגים הם בריא אולם כשאר אתרוגים ע"כ · ולפי טעם זה גם לפי דעת הרשב"א והנודע ביהודא שסוברים דהיתר בהיתר לא בטל מ"מ אין אנו יכולים לפוסלו מטעם חסר כיון שהוא רק חסרון בפנים ולא שמיה חסרון אך לדעתי עדיפא טעמא דידי לומר דלא פסל מטעם חסר משום דהיתר בהיתר בטל דכבר בררנו לעיל לפי דעתי העניה דהוי לפסוק דהיתר בהיתר בטל · דעל הטעם דמשום דחסרון בפנים הוא יש לפקפק קצת ומה שכתב הבעל אגודת אזוב שם באות זה על הרמ"א שהביא בשם מורה אחד שטען כנגד זה ואמר שכבר נתבטל יניקת הלימו"ן בתוך האתרוג שהורכב בו והאלו כולו אתרוג עכ"ל המורה שהביא רמ"א · והביא שם שאחד הביא ראיה לדברי המורה מהא דהעושה עיסה מן החטין ומין האורז אם יש בו טעם דגן וכו' כדאיתא בסימן תנ"ג בהל' פסח וכתב ע"ז אגודות אזוב שאין הנדון דומה לראיה דהתם אין האורז ניכר בעיסת הדגן לכן נתבטל במיעוטו · מה שאין כן הכא שיש שינוי הניכר בפנים שהמורכב המוך שבתוכו מרובה יותר ממה שהוא באתרוג שאינו מורכב אמטי להכי לא שייך בו ביטול דכל שהאיסור ניכר אינו בטל עכ"ל · הנה לפי דבריו לא על השואל תלונתיו כנראה מדבריו כי לפי דבריו קשה גם על דברי המורה שהביא רמ"א דאיך בטל הלא ניכר שיש בתוכו מיעוט לימו"ן כיון שהמוך מרובה · אבל לפענ"ד איני מבין דבריו כלל דהא אם נתערב חתיכה אחת של איסור בשתי חתיכות של היתר ג"כ הכל יודעים שמעורב בתוכו חתיכות איסור דהא מתחלה היה שתי חתיכות ועכשיו שלשה · והא דאמרינן בעלמא אם יכול להכיר את האיסור לא בטל היינו שאנו מכירין שזאת היא החתיכה האסורה אבל לא שאין אנו מכירין את החתיכה האסורה רק שאנו מבינים מתוך תערובתה שנתערב שם חתיכה אסורה אמרינן בכ"מ דבטילה · ולכן גבי אתרוג המורכב אף שניכר שיש בתוכו מיעוט לימו"ן מחמת כי המוך מרובה מאתרוגים שאינם מורכבים בכ"ז אינו ניכר אם מזה שהמוך שהוא רק לבד מין הלימו"ן אלא אדרבה שהרוב הוא אתרוג כדכתבו כולם בתשובותיהם אמרינן שהמוך ג"כ מן האתרוג ומה שהוא מרובה יותר מאתרוגים שאינם מורכבין מחמת שיש בהמוך גם מיעוט של לימו"ן לבד רוב אתרוג שיש בתוכו לכן הוא מרובה וכיון שאינו ניכר מן המוך של אתרוגים המורכבין שהוא רק מין הלימו"ן ע"כ אמרינן דשפיר בטילה כמו בכ"מ ואין לומר דהא דאמרינן דאין איסור שיכולים להכירו בטל היינו דוקא שהכל יכולים להכירו אבל אם אחר אינו יכול להכיר רק זה שנתהוה לו התערובות זה לא מיקרי איסור הניכר ובטל ולכן באתרוג לא בטל כיון דהכל יודעים שיש כאן תערובות מלימו"ן מפני שהמוך מרובה ולכן לא בטל אף שאין אנו יודעים בבירור האיך הוא הלימו"ן · אבל כשנתערב חתיכה של איסור בשתי חתיכות של היתר שפיר בטל כיון דאחר זולת זה שנתערב לו אינם יודעים אם יש כאן תערובות של איסור כי החתיכה של איסור והחתיכה של היתר שוים במראה ובטעם לכן לא מיקרי איסור הניכר · אמנם לפענ"ד לא נראה דבעינן איסור הניכר לכל :

ולבאורה יש להביא ראיה מתוס' זבחים (דף ע"ז ע"ב) ד"ה בדם הבהמה או בדם החיה רואין אותו כאילו הוא מים ואם תאמר דם בהמה וחיה היכי זריק להו על המזבח נהי דאמר רואין כאילו הוא מים ולא מבטל דם אחר מ"מ מים גמורים לא הוה ולא בטל ממנו שם חולין וכו' עכ"ל התוס' ואי אמרינן דאם הכל מכירין שיש בו תערובות אף שאין יודעים בבירור האיך הוא מיקרי איסור הניכר איך כתבו התוס' דאם נתערב במים בטל המים הא הכל יודעים שיש כאן תערובות מים דמשמע דהשתא מפרשים התוספות כפשוטו דאם יש בו מראה דם היינו אפילו מראה דם בעלמא

ולא מראה דם גמור רק שאח"כ בדיבור השני מסקי התוס' מפני הקושיא שהקשו שם להך תירוצא שהפירוש במשנה אם יש בו מראה דם היינו מראה דם גמור דאל"כ לא היה מקשים שם בדיבור השני מידי א"כ לפ"ז הכל יודעים שיש בדם הזה תערובות מים · ואיך הוא בטל · אלא דלא מיקרי איסור הניכר מחמת זה רק כשיכולים להכיר האיסור בבירור היכן הוא · אז מיקרי איסור הניכר ולא בטל · אך יש לדחות הראיה זו דצריכין אנו להבין דברי התוס' מפני מה אם נתערב בדם קדשים מים בטל ומותר להעלותן ע"ג המזבח אבל כשנתערב בדם קדשים דם של בהמה ושל חיה לא בטל מה הפרש יש בין זה לזה · וצריכין אנו לפרש דהסברא הוא כך דאם נתערב מים בדם קדשים נשתנה מראה המים ונהפך להיות דם לכן דיינינן ליה כמאן דליתיה וכאילו נאבד מן העולם לגמרי ולכך הוא בטל וכסברא הזאת כתבתי לעיל לתרץ דברי הרמב"ם דהל' כלאים עיי"ש · אבל כשנתערב בדם קדשים דם בהמה וחיה של חולין לא נשתנה הדם של בהמה וחיה מכמו שהיתה מקודם ולא שייך לומר כאן כמאן דליתיה דמי ולכן אסור להעלותן ע"ג המזבח · ואף דאמרינן בכ"מ דהמיעוט בטל ברוב · וה"נ כיון דאמר רבנן דבהא מילתא אזלינן בתר המראה ואם נתערב בדם בהמה או חיה רואין אותו כאילו הוא מים · ולפ"ז יהיה הדין דבטל כמו אם נתערב מיעוט ברוב · היינו כשאין אוכלין אותן ביחד או שאנו נוגעים בכולם כמו דאמרינן בבכורות (דף כ"ג ע"א) וז"ל הגמרא איתיביה אפר כשר שנתערב באפר מקלה הולכין אחר הרוב לטמא כו' ואי אמרת טומאה כמאן דאיתא דמי נהי דבמגע לא מטמא ליטמא במשא ופירש"י שם בד"ה ואי אמרת כו' נהי דהאי אפר במגע לא מטמא דכיון דרובו טהור אמרינן באפר מקלה נגע שהוא הרוב אבל במשא מיהא ליטמא דהא מ"מ הטומאה נשא והסיט וכו' עכ"ל וה"נ אם נתערב בדם קדשים דם בהמה וחיה כיון דאמרינן יש בילה כדאיתא בזב"ח (דף י"ג ע"ב) לפ"ז אם זרק על גבי המזבח בודאי זרק גם דם בהמה וחיה לכן הקשו התוס' דיהיה אסור להעלותן ע"ג המזבח · ולפי דברינו זה אדרבה לכאורה יש להביא ראיה מתוס' זה דאין יוצאין באתרוגים המורכבים כיון דצריכין לצירוף הלימו"ן שמעורב בתוכו דבלא זה הוא אתרוג החסר בשעה שיוצא בו ודמי לטומאת משא דאמרינן שם דאינו בטל ומטמא ה"נ איך יוצא בו כיון דבעת שנוטל האתרוג לצאת בו צריכין לצירוף הלימו"ן · אך זה אינו · הא מבואר ביו"ד סימן ק"ט סעיף א' דאם נתערב חתיכה של איסור בשתי חתיכות של היתר מותר לאוכלן אדם אחד בבת אחת רק מחמת חומרא בעלמא החמירו שלא לאוכלן בבת אחת ועיין בט"ז שם ס"ק ה' ומבואר שם בפ"מ במשבצות דאפילו הרשב"א המחמיר מכל הדיעות שם סובר ג"כ דמן התורה מותר לאדם אחד לאכלן ביחד רק מדרבנן אסור לאדם אחד לאוכלן ביחד והביא ראיה ברורה לזה עיי"ש וכיון דמותר לאדם אחד לאוכלן בבת אחת דאמרינן דהכל מותר ודיינינן ליה כאילו לא נתערב כאן איסור כלל ה"נ יוצאים באתרוגים המורכבים כיון דהמיעוט הלימו"ן בטל ברוב האתרוג דיינינן ליה כאילו לא היה מעורב באתרוג לימו"ן כלל · והא דאמרינן בבכורות שם דמטמא במשא הוא רק מדרבנן כמו שמסקו התוס' שם דמסתבר דטומאת משא גופי' ליתא אלא מדרבנן · ואי תקשי לך האיך נוכל לומר דטומאת משא ליתא אלא מדרבנן הא אמרינן בזבחים (דף מ"ג ע"ב) אמר ר' יצחק אמר ר' יוחנן הפיגול והנותר והטמא שהעלן לגבי מזבח פקע איסור מהן וכו' מתיב ר' יצחק בר ביסנא אחרים אומרים וטומאתו עליו מי שטומאה פורחת ממנו יצאו בשרו שאין טומאה פורחת ממנו ואם איתא הרי טומאה פורחת ממנו ע"י האור אמר רבא ע"י מקום קאמרינן · מכדי מקום כתב וכו' עכ"ל הגמרא ואם איתא דמן התורה אינה מטמאה במשא הרי יש במציאות דטומאה יהיה פורחת ע"י בטול ברוב · ובגמרא משמע דאינה במציאות דיהיה הטומאה פורחת באוכלין · יש לתרץ דהא דהטומאה פורחת ע"י ביטול ברוב היא משום דדיינינן ליה כמאן דליתא · אבל זה אינו במציאות דיהיה כמו שישנו בעולם ויפרח ממנו הטומאה וגם הרמב"ם סובר בהל' תרומות בפרק י"ד ה"ל י"ד סאה תרומה טמאה שנפלה למאה סאין של תרומה טהורה בטלה במיעוט והאוכלין הכל בטהרה וכו' עכ"ל הרי חזינן דגם הרמב"ם סובר דטומאה פורחת ע"י ביטול ברוב · דכתב והאוכלין הכל בטהרה ולא הצריך ליטול סאה אחת כדי לתלות בה שהוא הסאה תרומה טמאה שנפלה אלא ודאי דס"ל דהטומאה פורחת ע"י ביטול ברוב · ואי תקשי לך הא עכ"פ מטמא במשא מדרבנן וה"נ צריך להרים סאה אחת עכ"פ מדרבנן יש לומר כיון דמצוה לאכול תרומה כדאיתא בפסחים (דף ס"ט ע"א) ובגיטין (דף י"ב ע"ב) תוס' ד"ה הושבתוני על המזונות משו"ה לא גזור רבנן :

אך בעיני דחוק לפרש דברי התוס' בזה האופן דמה שכתבתי לעיל הא דניחא דאם נתערב במים דמותר להעלותן משום כיון דנשתנה מראית המים להיות למראה דם הוה כאילו איננו בעולם זה נוכל לומר רק אם נתערב לכה"פ ברוב אמרינן שהמיעוט הוה כאילו נאבד מן העולם ולא דמי למה שפירשתי דברי הרמב"ם מהל' כלאים כי שם הצמר רחלים הוה מיעוטא דמיעוטא לגבי צמר של גמלים לכן שייך לומר כיון שטרפן הוה כאילו נאבד מן העולם · אבל הכא כיון דהרוב הוא מים ודם קדשים הוא המיעוט האיך שייך לומר משום דנשתנה המים להיות מראה דם דיהיה כאילו נאבד מן העולם · ואף שהרשב"א בסוגיא דזיעה בשילה בחידושיו לחולין בד"ה אמר רבא וכו' כתב ג"כ הך סברה דמשום שנשתנה מראיתו הוה כמאן דליתא מ"מ כתב ג"כ שם גם מחמת מיעוטו שנפל טיפת יין בתוך מים לכן הוה כמאן דליתא מחמת צירוף שני הסברות ביחד · חדא שנשתנה מראיתו ושנית שהוא מיעוטי דמיעוטי ואדרבה ממרוצת דברי הרשב"א משמע שעיקר הסברא הוא מחמת מיעוטי דמיעוטי לכן הוה כמאן דליתא אלא נראה לפרש דברי התוס' דאם נתערב דם קדשים במים יכול לזרוק ע"ג המזבח דיכול להיות דנתערב במים של כיור דראוי לנסך ע"ג המזבח עיין בפסחים (דף כ"ב ע"א) ואימא במים הנסכים ע"ג המזבח וכו' ועיין בסוכה (דף מ"ח ע"ב ונ' ע"א) · וכעין זה איתא בכמה דוכתי בש"ס * וכן נוכל לומר דמקדיש להמים שנתערב בדם קדשים ולא הוה חולין ע"ג מזבחי וכעין זה אמרינן בבבא בתרא (דף פ"א ע"ב) דמקדיש להו וכו' מה שאין כן כשנתערב דם חיה או אפילו דם בהמה של חולין בדם קדשים דלא נוכל לומר דמקדיש להו דבשום אופן אין יכול להקדיש הדם החיה ודם בהמה של חולין שיהא קדוש קדושת הגוף רק לבדק הבית לכן הקשו התוס' דבשלמא אם נתערב מים בדם קדשים ניחא דיכול להיות דמקדיש להו אבל נתערב דם בהמה ושל חיה בדם קדשים דלא נוכל לומר דמקדיש להו האיך נוכל לומר דזריק להו על גבי המזבח · והתוס' דהכא ס"ל דמאי דאמרינן בבכורות (דף כ"ג ע"א) דמטמא במשא הוא מדאורייתא ועיין במשנה למלך פרק א' מהל' מטמא משכב ומושב דיש סברא לומר שהוא מדאורייתא ומחמת זה הקשה על רבינו מבואר עיי"ש ודו"ק · ואף שבתוס' שם סבירא להו בדיבור המתחיל נבילה דמה שמטמא במשא הוא רק מדרבנן מ"מ הא כמה פעמים מצינו שדברי התוס' סותרים זה את זה כידוע · אך נראה לי להביא ראיה מהא דאמרינן במכות (דף ד' ע"א) אמר רב יהודה אמר רב חבית מלאה מים שנפלה לים הגדול הטובל לא עלתה לו טבילה חיישינן לשלשה לוגין שלא יהיה במקום אחד כו' עכ"ל הגמרא והתוס' שם בד"ה אמר הוכיחו דגרסינן מלאה יין ולכך לא עלתה לו טבילה דמי הים קוו וקיימא ומאי עדיין הוא צבור ועומד במקומו ואיסור ניכר וטובל ביין כו' עכ"ל התוס' ומה שכתבו התוס' ואיסור ניכר כוונתם שהוא ניכר למי שראה שנפל היין אבל לאדם אחר שלא ראה שנפל לא הוה איסור הניכר כיון דמסקי התוס' דמיירי שנפלו יין לבן דביין אדום נחזי אם היכה מראית מים ויין לבן אינו ניכר לאחר שלא ראה שנפל ואי אמרינן דבעינן איסור ניכר לכל למה לא בטל · אלא ודאי מוכח מדברי התוס' דאף אם ניכר לאדם אחד

מיקרי

מיקרי ג"כ איסור הניכר כיון שיכול לברר ולומר לאחרים שבזה הוא האיסור כיון דקוו וקיימא · וא"כ למה אמרינן בכל מקום דבטל חד בתרי הא אלא מי שנתערב ידוע שיש כאן חתיכות איסור אלא ודאי כיון שאינו יכול לברר האדם שנתערב אלו איזה הוא חתיכת האיסור רק שידוע שנתערב חתיכה של איסור לא מיקרי איסור הניכר · וה"נ גבי אתרוג המורכב ג"כ אינו יכול לברר בהמוץ אף שהוא מרובה יותר משאינו מורכב מכל מקום אינו יכול לברר שזה גרעין מן המוץ הוא מן הלימו"ן וזה הגרעין מן המוץ הוא מן האתרוג · רק שהוא ספק אלינו ושפיר אמרינן דבטל מיעוט הלימו"ן ברוב האתרוג דלא הוה איסור הניכר ומה שכתב עוד האגודת אזוב לסתור דברי השואל דהרשב"א הביאו הב"י ביו"ד סימן קל"ד והמ"א באורח חיים בסימן תמ"ב דדוקא מה שמתערב דרך מקרה לא החמירו בו עד שיהא בנ"ט אבל כל שדרכו לעשות כן כענין מינו מדינה אינו בטל במיעוטו עיי"ש והרי בכאן נמי דרכן להרכיב תמיד אתרוג בלימו"ן או להיפך ע"כ · לפענ"ד גם זה איני מבין דבריו כלל דהא במ"א מבואר שם דמדאורייתא בטל רק מדרבנן אמרו דלא בטל וכן משמע לשון הרשב"א והמרדכי הארוך והאגודה שתירצו על הקושיא שהבאתי לעיל הא אין מבטלין איסור לכתחילה · ותירצו דהא דאין מבטלין איסור לכתחילה מדרבנן והני מילי במקום שנהנה אבל מצות לאו ליהנות ניתנו עיי"ש בט"ז סימן תרכ"ו וכיון שכן איך נוכל לומר דרבנן החמירו בו דלא בטל דדרכן בכך כי מצות לאו ליהנות ניתנו · ומוכרח זאת הסברא לומר כן דאל"כ נשאר קושיתם על הגמרא דהא אין מבטלין איסור לכתחילה · זאת ועוד אחרת דמה שהעיד הבעל אגודות אזוב שדרכן להרכיב תמיד · אמת שגם הרא"ש פ"ק דקדושין סימן ס"ב העיד שמנהג בעובדי אדמה להבריך · אבל מבריכין באופן זה · וזה לשונו שם ופירוש רבינו שמשון שכך הוא מנהג עובדי אדמה שחופרין גומא ולוקחין יחור אחד מן האילן וטומנין אותו באותו גומא ויוצא ראש היחור מצד אחד ונעשה שם אילן וראש היחור נשאר מחובר באילן ומאותו האילן החדש מבריכין עוד אחד וכן עוד אחד שנה אחר שנה כו' עכ"ל. וכה"ג כתבו התוס' שם (דף ל"ו ע"ב) ד"ה כל מצוה · וכיון שדרכן להבריך כן מן הסתם מרכיבין ג"כ באופן הזה שאינם חותכים הענף המורכב מן האילן שלו והסברא נותנת כן דמה אם בהברכה עושין כן אף שמבריכין אותו בארץ ויש לו יניקה רבה מן הארץ מכל שכן בהרכבה שאין יניקתו מרובה שהוא יונק יניקתו דרך האילן שמורכב בו מסתמא עושין כן שאין חותכין ענף המורכב מן האילן שגדל הענף הזה · וכפירוש המשניות להרמב"ם פרק קמא דערלה מבואר שמבריכין באופן הזה וכן מרכיבין באופן הזה עיי"ש במשנה ה' · ובודאי באתרוג הגדל בענף האתרוג שהורכב בלימו"ן ולא נחתך הענף מן האילן של אתרוג בודאי כשר הוא לפי שעיקר יניקתו מן האילן האתרוג · וכדומה לזה כתב הט"ז ביו"ד סימן רצ"ד סעיף י"ט על מה שמבואר שם באילן שנעקר ויש עפר סביב שרשיו שיכול להיות מזה אף שנטעותיו עפר אחר פטור מן הערלה וכתב ע"ז הט"ז בס"ק כ"ו ואין שייך כאן זה וזה גורם דכאן אין צריך אחד לחבירו כלל כיון דסגי בעפר הראשון וכפי מה שכתב המחבר שם בסעיף י"ט כך כתב שם בסעיף כ' גבי אילן שנעקר ונשאר משרשיו מחובר כתב ע"ז ג"כ לשון שיכול לחיות בלא התוספת א"כ גם בסעיף כ' לא שייך זה וזה גורם כסברת הט"ז · ולפי זה כל שכן הוא דענף של אתרוג המורכב בלימו"ן ולא נפסק מאילן האתרוג ג"כ לא שייך זה וזה גורם כיון שיכול ליגדל בלא אילן הלימו"ן שמורכב בו · ואפילו אם תיהוב להשגה רחוקה אולי בלא תוס' מה שיונק מן האילן הלימא"ן לא היה גדל האתרוג כשיעור ביצה הא מסיק המ"א סוף סימן תרמ"ח דאתרוג הירוק ככרתי דפסול משום דלא נגמר פריו ומכח זה הוכיח דגם אם לא גדל כשיעור ביצה ג"כ הטעם דפסול משום דלא גמר פירי לפי דעת התוס' והרא"ש ומהרי"ו שהביא המ"א שם דהא הגמרא בחדא מחתא מחתינהו עיי"ש בדברי האגודת אזוב והכא ודאי אין לפוסלו משום דלא נגמר פריו דהא כבר נגמר פריו אפילו לדעת הטור דכתב האגודת אזוב שהטעם דפסול אם לא גדל כשיעור ביצה מטעם דלא מיקרי הדר [ואף שכתב הבעל אגודת אזוב שם דאתרוגים המורכבים נמי מיקרי הדר כיון שיש להם כל תואר המראה אתרוג מבחוץ וגדולים יותר מכשיעור והרי הוא הדר בגידולו ותוארו כשאר אתרוגים עיי"ש יש לפקפק קצת דבעינן הדר מאתרוג והדר שלו לאו מאתרוג הוא אלא מלימא"ן בא הדרו] בכל זאת אם יש לנו ספק אם הם מורכבים או לא כגון שהשוקן שקוע ואין לכן בליטות או להיפוך דעל אותן אתרוגים כתב האגודת אזוב גם דספק אם הם מורכבים אי לא באותן. נראה לפי עניות דעתי דלא מבעיא ביום ראשון נוטלן ומברך אלא אפילו בשאר ימים שהוא מדרבנן נוטלן ומברך עליהם אף לדעת הפרי מגדים במשבצות באורח חיים בפתיחה להלכות ברכות אות ד' הובא באגודת אזוב שם דהיכא דאיכא ס"ס להומרא כיון שהוא מדרבנן אין לברך עליהם · בכל זאת נראה לי היכא דאיכא שלשה ספיקות להומרא מברכין עליהן אף שהוא מדרבנן דכתב הר"ן בחולין פרק אותו ואת בנו בסופו אבל אחרים כתבו שאין צריך לשאול משום דאיכא ספיקא טובא שמא אין לו אם ואם תמצא לומר יש לו ומכרה שמא לא לקחה לשחיטה ואת"ל לשחיטה שמא מכאן ועד עשרה ימים והובא ביו"ד (סימן ט"ז סעיף ו') לפסק הלכה ועיי"ש שם בש"ך ס"ק ז' וכתב ע"ז הפ"מ אף דקיי"ל דס"ס כל היכא דאיכא לברורי בקל יש לשאול דלא עדיף מרוב מצוין אצל שחיטה מומחים ואפילו הכי צריך לשאול שאני הכא דאיכא ג' ספיקות מבו"ה אינו צריך לשאול אלמא היכא דאיכא ג' ספיקות כודאי משוינן לה ועדיף מרובא וארובא מברכינן בכל יום דמברכין אמילה אף שהוא ספק נפל ואף שמבואר בתוס' יבמות (דף ל"ו ע"ב) ד"ה לשעה דהוא מיעוט המצוי המיעוט של נפלים עיי"ש ואפ"ה מברכינן כמ"כ דמברכינן על הרוב שאינו מיעוט המצוי · ומכש"כ היכא דאיכא ג' ספיקות דעדיפא יותר מרוב בודאי מברכינן והכא איכא ג' ספיקות ספק אם הם מן המורכבים ואפילו את"ל שהמה מורכבים שמא הם מורכבים באופן שלא נפסק הענף של אתרוג המורכב בתוך הלימא"ן מאילן של אתרוג ואז האתרוג הוא כשר כמ"ש למעלה ולא נוכל לפוסלו דאולי לא גדל השיעור אתרוג מאילן האתרוג רק המיעוט הלימא"ן שיש בתוך האתרוג מצורף עמו שיהא כשיעור אתרוג דהא דעת התוס' והרא"ש והרי"ו לפי דעתם הטעם הא דבעינן שיעור אתרוג כביצה מטעם דלא נגמר פריו והכא לא שייך טעם זה כמ"ש לעיל דאולי קיי"ל כדעת התוס' והרא"ש ומהרי"ו דהטעם משום דלא נגמר פריו :

וכ"ז כתבתי לפי דברי האגודת אזוב דסובר דהטעם דלא פסלינן משום חסר משום דנקרא חסרון בפנים ולא שמיה חסרון והבאתי לעיל דבריו אבל לטעמא דידי שכתבתי דלא מיקרי חסר משום דבטל מיעוט הלימא"ן בתוך רוב אתרוג המורכב אין צריך כלל לזה ואפילו הם מורכבים בודאי ונחתך ענף האתרוג המורכב בלימא"ן מאילן האתרוג בכל זאת כשרים האתרוגים · ומברכין עליהם אפילו בשאר ימי הסוכות :

פרח י אות ה

תו כתב האגודת אזוב גם לפי דעת המרדכי סוף חולין דדבר שבא לעולם ע"י תערובות לא בטל הביאו הפ"מ ביו"ד סימן י"ד וק"ב וה"נ לא בטל עיי"ש · ואנכי איני מבין זאת דלפי דבריו היכי אמרינן ילדה שהרכיב בזקנה בטלה הלא מעורב בתחלת ברייתו אלא שזה אינו דכל שורש ושורש יונק בפני עצמו ואין מתערבין יניקת השרשים וא"כ אין מעורבין זה בזה מתחילת ברייתו אלא הזקנה שואבת יניקתה לבדה מן הקרקע והילדה שואב יניקתה לבדה בשורש אחד מן האילן שמורכב בו ואפילו תימא דבתוך השורש שיונק הילדה יונק ג"כ הזקנה · מ"מ מוכרחים אנו לומר שיניקת [illegible] הרוב שלה משאר השרשים דאל"כ הדרא קושיא לדוכתיה דלמה בטלה הילדה בזקנה הלא מעורב הוא מתחילת ברייתו אלא

ודאי כשבאת יניקת הילדה בתוך הזקנה נתערבת יניקתה עם יניקת הזקנה מה שיונקת מאחר השרשים ומתערבים זה עם זה ולכן בטלה · וביניקת אחר השרשים לא היתה מעורב מתחילתברייתו ובטלה · ולפ"ז ה"נ באתרוג המורכב בלימא"ן אף שענף של אתרוג יונקת יניקתה שלה ע"י שורש אחד מן הלימא"ן אף שיכול להיות שבשורש הלימא"ן שיונקת הענף האתרוג מעורב בתוכו גם יניקת הלימא"ן בכל זאת כיון שבא יניקתן לתוך האילן מתערבים כל יניקתם זה בזה וא"כ כשבא האתרוג יניקתו כפי טבעו אף שמעורב בתוכו יניקת מעט מן הלימא"ן מ"מ בודאי שואב מרוב יניקת האילן של הלימא"ן שלא היתה מעורבת עמה מתחילת ברייתה וכיון שכן בטלה מיעוט הלימא"ן בתוך רוב האתרוג · ומה שכתבתי שאין יניקת השרשים מתערבים להדדי אלא כל שורש ושורש יונק לבדו, זה מתבאר בגיטין (דף כ"ב ע"א) גבי מקלא שרשים בארץ מקלא שרשים בחוץ לארץ ובכל דוכתא אמרינן הסברא כן דבדבר שדנין עליו ואין אנו יודעים אם מן הרוב הוא או מן המיעוט אמרינן שהוא מן הרוב ואגיגה מקום אחד בש"ס בזבחים (דף ע"ד ע"א) ועיין ביו"ד (סימן ק"א סעיף ז' ובט"ז ס"ק י"ד) וה"נ הרוב הוא מן השרשים שאינו מעורב בתולדה (עיין בפ"מ סימן ק"ב במשבצות ס"ק י"ד) [מ"מ לרווחא דמילתא כדי שיהיה דברינו מבוארים יותר · אבאר שאף אם תימא שענף של אתרוג המורכב הוא שואב יניקת הלימא"ן מכל השרשים שיונקת אילן הלימא"ן. בכל זאת בטלה מטעם שכתב הרשב"א והובא בש"ע יו"ד (סימן ל"ה ס"ב) וז"ל שם ואם נתערב במינו ובשאינו מינו ונספק בענין שאין יכולין לעמוד עליו לשערו ונודע שהיה רובו היתר ממנו רואין את שאינו מינו כאילו אינו והשאר מינו רבה עליו ומבטלו עכ"ל המחבר · והוא מהטור בשם הרשב"א והט"ז שם בס"ק ה' הסכים לפסק המחבר · ולפ"ז ה"נ כאן האף אם תימא שמה שמעורב עמו בתולדה יניקת הלימא"ן לא בטל באתרוג משום דמעורב בתחילה · מ"מ בהמיעוט הלימא"ן שיש בתוך אתרוג המורכב בודאי יש באותו המיעוט מכל השרשים אף מה שאינו מעורב עמו בתולדה · אמרינן קודם שסילק את האתרוג כמי שאינו ויניקת הלימא"ן של שאר השרשים שלא היתה עמהם בתולדה מעורב יניקת האתרוג שהם רובא נגד יניקת הלימא"ן מה שמעורב עמו יניקה האתרוג בתולדה רבה עליו ומבטלו · אף שהוא היתר בהיתר הא ביארתי לעיל שבטל · ואף מין במינו · כמבואר בקצת פוסקים שהבאתי לעיל היינו לפי דעת הפרי חדש דהמן קודם פסח בטל במלה והוא טבע מהתוס' ע"א עיי"ש ולפי דעת המרדכי הארוך ואגודה המבואר באורח חיים סימן תרכ"ו דשם הוא מין במינו ואפי"ה בטל היתר בהיתר וחמץ ומלה כמי מיקרי מין במינו כמו שמבואר בפ"מ בפתיחה להל' תערובות הלק שני פרק א' בד"ה ויש לחקור ואפילו הכי בטל · וא"כ באם האתרוג שהוא הרוב נגד יניקת הלימא"ן שבתוך האתרוג ומבטל את יניקת הלימא"ן והוה כולה אתרוג · ואפילו לדעת הש"ך (בסימן הנ"ל ס"ק א') שנראה מדבריו שחולק על המחבר שפוסק כרשב"א · מ"מ הכא מודה דאמרינן סלק וכו' כמ"ש · דטעם הש"ך הוא דחולק דאיך נאמר רואין את שאינו מינו כאילו מינו סוף סוף הא השתא נותן טעם בשאינו מינו א"כ הוה ספיקא דאורייתא דילמא לא היה שיש ונתן טעם וכתב שכן הסכים מהרש"ל וכן דעת הפרי חדש שם · מ"מ נראה לי הכא כו"ע מודים דאמרינן סלק כמו שאמרתי דבשלמא התם דהולכין אחר הטעם לכן שייך סברתם אבל הכא לא אזלינן בתר טעמא כלל דאם נתערב יבש ביבש לא אזלינן בתר טעמא עיין (בסימן ק"ע בט"ז ס"ק ב' ובש"ך ס"ק ט' וי') רק מדרבנן צריך ששים דאולי יבשלם ויתן טעם ואף דמשמע שם בש"ך ס"ק ו' דבקמח בקמח דאם נתערבו בעינן מן התורה ששים דנתערבו יפה והוה כמו לח בלח וה"נ יניקתם מתערב יפה והוה כמו קמח בקמח כבר הקשה עליו בספר חוות דעת דהא גם בקמח בקמח אינו מקבל טעם מחבירו ולא שייך לומר טעם כעיקר · מהיכא תיתי יהיה אסור מדאורייתא עד ששים ומה ענין שיעור ס' לזה וגם הקשה עליו ג"כ קושיא נכונה דבש"ס דכתבו עליו התוס' דמיקרי לא בלה שם מבואר דדוקא כזית בא"כ"פ הוה דאורייתא ויותר משיעור זה הוה דרבנן ולפ"ז לא אזלינן הכא בתר טעמא · ולפי דעתי דהכא מודה גם הש"ך דבשלמא התם אזלינן בתר טעמא כיון דעומדת לאכילה אבל הכא דלא קיימא לאכילה לא אזלינן בתר טעמא כלל כדאמרינן בזבחים (ד' ע"ט ע"א) אמר רבא אמור רבנן בטעמא וכו' ואמור רבנן בחזותא ופירש"י ע"ז מילי דלא תלי בטעמא אלא בחזותא כגון לענין טבילת מקוה בחזותא ע"כ · והכי נמי כיון דאתרוג אינו עומדת לאכילה רק לנאת בו לא אזלינן בתר טעמא כלל] ואם תידוק יותר נימא דבטלה יניקת הלימא"ן מה שמעורב בתולדה עם יניקת האתרוג כשהיה בעודה בתוך האילן הלימא"ן וזה מלינו בש"ס דבטלה דילדה שסככה בזקנה בטלה ולזה העירוני קלא בעת כתבי זאת אחד מבני חבורה · זאת הסברא שכתבתי באחרונה ואם תידק · העולה מזה שאין לפסול אתרוגים המורכבים מטעם שאינו הדר כיון שכבר כתבתי שנתבטל מיעוט הלימא"ן בתוך האתרוג והוה ככולו אתרוג, א"כ לאו הסר הוא וגם הדר הוא שהוא הדר בתוארו וגידולו כשאר אתרוגים כמבואר בתשובותיהם שם :

תו כתב האגודת אזוב שם באות י"ז במה שטענו מאתרוג ככדור וכמין בריה אחרת וה"נ הרי הוא כמין בריה אחרת מבפנים · יש מקום לדחות דהתם שאני כיון שנשתנה מבחוץ לאו הדר הוא מה שאין כן במורכב שאין בו שינוי מבחוץ לית לן בה · ומה שטענו שאין טעם עלו ופריו שוה כבר השיב הב"ח בתשובה שגם במורכב טעמו שוה לעץ הענף עצמו ואע"פ שאינו שוה לעץ התחתון שהורכב בו לא איכפת לן בזה עכ"ל :

עוד נראה לי להוכיח מפירוש המשניות להרמב"ם פרק קמא דערלה משנה ה' סובר ג"כ כפירש"י בע"א דילדה שסככה בזקנה בטילה ואין בה דין ערלה הוא מטעם זה וזה גורם דמותר עיין לעיל שהבאתי דברי רש"י ומבואר בפירוש המשניות להרמב"ם ז"ל וזו ההרכבה וההברכה שזכר בספרא שאין חייבים בערלה הוא אותו שמשיל בו והוא שיבריך האילן עיקרו קיים עומד בארץ לא נעקר או ימתח ענף מאילן זה ויטע קלתו באילן אחר ועיקרו קיים באילן הראשון · אבל אם פסק ענף והרכיבו באילן או הטמינו בארץ הרי זה חייב בערלה וזו ההרכבה וההברכה הם שרמז להם באמרם אחד הנטוע ואחד המבריך ואחד המרכיב וכו' והם שני מינים מן ההרכבה ושני מינים מן ההברכה כמו שביארתי לך עכ"ל · והקשה ע"ז מהר"ם אלשיך בתשובתו סימן ק"י האם נעלמה ממנו סוגית פרק מפות מלחמה דילדה שסככה בזקנה בטלה דהיינו שהרכיבה בה (כפירש"י) פטורה מן הערלה משום דבטלה לה לגבי זקנה שעברה עלה שני ערלה · ומאי דמסיק גמרא דהא בילדה בהרכיבה בילדה הא באילן הנטוע לסייג ולקורות והא באילן הנטוע לפירות דהיינו דבנטוע לפירות בטלה היתור לגמרי לגבי האילן והיכי אפשר דיסבור הרמב"ם ז"ל הפירוש הגמרא· ונלפענ"ד דהרמב"ם סובר כפירש"י הנ"ל דילדה שסככה בזקנה בטילה מטעם זה וזה גורם מותר והרמב"ם רוצה לתרץ אליביה דכו"ע דאף למאן דאמר זה וזה גורם אסור יהיה ניחא · לכן מחלק שיש שני מיני הברכות ושני מיני הרכבות כדלעיל · ועיין בדברינו לקמן אבל עורכי מלחמה דחוזין לא ניחא ליה להגמרא לשנויי ג"כ אליבא דכו"ע ושני מיני הברכות והרכבות כן משום דמילתא דלא שכיחא בהרכבה דעל לד ההווה אדם מרכיב בלי פיסוק מאח"כ בהברכה כנודע כמו שכתב מהר"ם אלשיך ומתרץ שם דאע"ג דהרמב"ם מוקי כך דספרא פרט למבריך ומרכיב גם בהרכבה בכה"ג בלי פיסוק זה בעיקר דין הערלה ומלינן למימר דהולכך הברייתא לאשמועינן אע"ג דהוה מילתא דלא שכיחא אבל לחזור וללמוד גם דין זה פעם שנית גבי חוזה מעורכי מלחמה והוא מילתא דלא שכיחא לא ניחא להגמרא לאוקמי זאת · לכן מתרץ הגמרא כאן בהרכבת איסור כאן בהרכבה היתר הרכבת היתר כגון שהרכיב באילן הנטוע לסייג ולקורות וגבי הברכה לא קפיא ליה ממתניתין אברייתא

דמתניתין דאחד הנוטע ואחד המבריך מיירי כשנפסק והברייתא דולא עוד אלא הללו פרט למבריך מיירי כשלא נפסק ומיירי שהניחם בהרכבת היתר ומזה יצא להרמב"ם החילוק בין נפסק או לא נפסק מדמשני הגמרא כאן בהרכבת איסור כאן בהרכבת היתר והגמרא הקשה מקודם גם על מבריך ולא תירץ אלא מן מרכיב לחוד אלא ודאי דמבריך שמך הגמרא שיבינו מעצמן החילוק של הרמב"ם דיש חילוק בין נפסק ובין לא נפסק אבל גבי הרכבה לא נוכל לתרץ זאת דמילתא דלא שכיחא כסברת מהר"ם אלשיך לכן מוכרח הגמ' לתרץ דמתניתין איירי בהרכבת היתר וברייתא מיירי בהרכבת איסור והאי קשיא לך הוה ליה להרמב"ם לתרץ על ההרכבה באופן דלא יהיה מילתא דלא שכיחא כמו שהקשה מהר"ם אלשיך וכי כשורה סוגיא דפרק משוח מלחמה דמחלק בין ענף שהרכיב בזקנה הנטוע למאכל לאילן שהרכיב בילדה או באילן שהיה נטוע לסייג ולקורות בשוא החילוק עצמו שכתב הר"ן ז"ל משמי' דגמרא ואיך עזב חילוק הגמרא ותפס חילוק אחר מדעתו ואמר אבל יתעקש ויתחשב שזה זה היפך זה כשתראה לשם בנטוע ומרכיב ומבריך חייבים בערלה ובספרי וכו' עכ"ל מהר"ם אלשיך מה שהקשה על הרמב"ם ולדברינו ניחא דהרמב"ם כתב דבריו אליבא דהו"ע ואם יחלק הרמב"ם שלא יקשה ממתניתין הספרי ויתרץ כמו שהקשה מהר"ם אלשיך התירוץ הזה יהיה ניחא רק אליביה דמאן דאמר זה וזה גורם מותר לכן כשהרכיב בתוך אילן זקן אינה נוהגת דין ערלה בהרכבה הזאת ומותר משום דזה וזה גורם דגם אילן הזקן גורם שיגדל פירות בענף שהורכב בו כפירש"י בע"א אבל למאן דאמר זה וזה גורם אסור אפילו אם הבריך והרכיב באילן זקן בנטוע למאכל ג"כ אסור לפי פירש"י לכן מחלק הרמב"ם גם בהרכבה בין נפסק או לא נפסק אף שהוא מילתא דלא שכיחא בכל זאת מתרץ כן כדי שיהיה אתיא אליביה דהו"ע דשלא נפסק מותר אפילו למ"ד זה וזה גורם אסור כסברת הט"ז ביו"ד (סימן רצ"ד סעיף י"ט ס"ק כ"ו) וזאת הסברא קאי ג"כ על מה שכתב המחבר שם סעיף כ' כמ"ש לעיל והחילוק השני כשפסק הענף ג"כ אתיא אליביה דהו"ע דלמאן דאמר זה וזה גורם אסור מיירי ג"כ כשהפסיק באילן זקן ולמאן דאמר זה וזה גורם מותר מיירי שהרכיב ילדה בילדה או באילן שנטוע לסייג ולקורות שזה אסור אפילו למ"ד זה וזה גורם מותר כמבואר שם בשוטה הטעם כפי פירש"י בע"א דאם נמלך עליה בת מיסדר היא ופירוש רש"י בשוטה שם דאם נמלך עליה שהיא עומדת לאכילה חייבת בערלה ע"כ ולכן לא יש כאן גורם דהיתר כיון דגם דגורם דהיתר יכול להיות דחייבת בערלה ומה שהקשה אגודת אזוב על מהר"ם אלשיך דמי חכם כהרמב"ם ולא עמדתי על ס"ד הרב ז"ל דאיך נוכל לומר דשבק רומיה דמבריך לא תירוץ הש"ס כלום משום דסמך על המבין שיבין מעצמו לחלק בין הברכה בלי פיסוק להרכבה שענף נפסק מאילן הראשון כתירוץ הרמב"ם ז"ל דמי חכם כהרמב"ם ז"ל ויבין את זאת מעצמו וגרם להרב ז"ל לכנוס בפירצה דחוקה הזאת הוא בעבור שתפס בפשיטות דלא משכחת הברכת איסור כלל וכתב ע"ז דשפיר משכחת לה הברכה עצמה באיסור כדתנן בפרק ז' דכלאים וכו' עי"ש בדבריו כי קצרתי ונמרולות דבריו משום דאישתמיט למהר"ם אלשיך המשנה שהביא ריש פרק ז' דכלאים והמשנה הזאת מבואר בשו"ע יו"ד סימן רצ"ה סעיף ד' ואם כדבריו לא עיין מהר"ם אלשיך גם בשו"ע וכדי להציל את רבינו מהר"ם אלשיך ז"ל שלא יהיה ח"ו טועה בדבר משנה וגם שהיא נגד השו"ע ע"כ אומר אני שידע מהמשנה הזאת וגם עיין בשו"ע אך הוא מדייק מהגמרא מדמשני הגמרא בשוטה שם כאן בהרכבת איסור כאן בהרכבת היתר וכו' והגמרא מקשה ממבריך ג"כ והאריך הגמרא כאן בהרכבת כו' ולא משני הגמרא בקיצור כאן באיסור כאן בהיתר ויהיה קאי גם אמבריך וגם אמרכיב אלא בודאי כיון הגמרא שעל מבריך לא צריך לתירוץ כאן באיסור כאן בהיתר ולכן האריכו בלשונם וצריכין אנו להבין מה יהיה מתורץ ממבריך אלא ודאי כמהר"ם אלשיך דהא דחוזר ממערכת המלחמה מיירי כשפסק והא דאינו חוזר מיירי כשלא פסק כפירוש המשניות להרמב"ם ומזאת הגמרא הוציא הרמב"ם דין זה לבד מה שאכתוב לקמן עוד הוכחה לחילוק זה ומה שכתב מי חכם כהרמב"ם יבין זאת החילוק מעצמו אני אומר שרבינו מהר"ם אלשיך ידע עוד משנה והחילוק הזאת הוציא מפרק קמא דערלה משנה ג' ז"ל המשנה אילן שנעקר והסלע עמו שטפו נהר והסלע עמו אם יכול לחיות פטור אם לאו חייב וכו' עכ"ל המשנה וכן פסקו בשו"ע יו"ד סימן רצ"ד סעיף י"ט מוכרח ממשנה זאת החילוק דאם לא פסק את הענף מאילן יכול הענף לחיות מכח אילן שגדל בו ואינו צריך לאילן שהורכב בו לחיות ממנו ואף שבודאי דמה שמרכיבין באילן אחר מסתמא כדי שיינק ג"כ מאילן שהורכב בו כדי שיהיה פירותיו יותר גדולים או טובים יותר הלא גם במשנה ג"כ בודאי יותר טוב שיהיה יניקת האילן מעפר מרובה כדכתב במ"מ בפרק רביעי מהל' שכנים ה"ל יו"ד ד"ה ואם עקרן וכו' והרע"ב ז"ל פירוש כן ואף על פי שיכולים לחיות בכך ומצילין אותן מן הערלה מ"מ אינם יכולים לגדל פירות מחמת גופן לבד עכ"ל אעפ"כ פטור מן הערלה מפני שיכולה לחיות מכ"ש כאן כשלא פסק הענף בודאי יכולה לחיות ומה שיונק מאילן הזקן בלי אילן שהורכב בו בודאי פטור מן הערלה והחילוק השני כשפסק הענף שחייב בערלה זה מבואר בגמרא בשוטה הנ"ל וכיון שכתבתי שהחילוק הזה מבואר במשנה לכן לא תירץ הגמ' על הרומיה דעל הברכה לא היה קשיא לו גם להמקשה כי המשנה ידוע לכל כמבואר בכמה מקומות דפריך בגמרא הא תינח הדא זימנא ולמה ליה להאמורא לאשמעינן לכן דברי רבינו מהר"ם אלשיך אמתיים המה:

אך נראה לפענ"ד לתרץ בדרך אחרת הא דשבק הגמרא מלתרץ ממבריך אמבריך ויש כמה פנים לתורה ולכאורה קשה על הא דמשני הגמרא כאן בהרכבת איסור וכו' הא דממעט מולא הללו פרט למבריך ומרכיב באם הבריך או הרכיב באיסור אינו חוזר ופירוש רש"י על זה דגבי בית ג"כ ממעטינן פרט לגזלן למה הוצרך התורה למעט גבי הברכה או הרכבה הא גם בנוטע אם נטע באיסור בודאי ג"כ אינו חוזר והוה להתורה למעוטי שם דאינו חוזר מכ"ש ידעינן שאם הבריך והרכיב באיסור דאינו חוזר דאינו כ"כ שמחה כנטיעה אבל השתא דמיעטה התורה גבי הברכה והרכבה באיסור דאינו חוזר לא הוה ידעינן אם נטע באיסור דיש שמחה יותר דאינו חוזר רק ידעינן זאת מסברא כמו דאינו חוזר בבית אם גזלו כמו כן אינו חוזר אם נטע באיסור כגון כלאי הכרם וכיון דסוף כל סוף דצריכין למילף אם נטע באיסור מבית למה מצרכינן למעוטי גבי הברכה והרכבה לכן נראה לי דהתורה מלמדינו עוד דין אחר שנוציא מזה דאף שהפירות מותרין אם הבריך והרכיב באיסור כמבואר ביו"ד סוף סימן רצ"ה והוה אמינא כיון דהפירות מותרין והוה שמחה ליה חוזר קא משמע לן התורה דאינו חוזר מבו"ה לא ידעינן זאת מבית דהא גזלו לאו שמחה שמוכרח להחזיר הבית ובהכי ניחא דאם מיעטא התורה גבי נטע באיסור כגון כלאים דשם ג"כ הפירות אסורין כמבואר בגמרא בכמה מקומות וביו"ד סימן רצ"ו סעיף ג' לא ידעינן מזה הברכה והרכבה באיסור דאינו חוזר דשם פירות מותרין וגם לא צריך למעוטי כיון דמיעטה התורה גבי בית דאין שום חילוק ביניהם וכיון שכן לכאורה קשה על הא דגרסינן (בחולין דף קט"ו ע"א) דפריך שם דכלאי זרעים ליתסרי דהא תיעבתו לך וכו' פירוש משום דאיתא שם מקודם כיון דכתב התורה לא תאכל כל תועבה מוכח מזה כל שתעבתי לך הרי הוא בבל תאכל ומשני שם הגמרא אתקיש לכלאי בהמה דכתיב בהמתך לא תרביע כלאים שדך לא תזרע כלאים מה בהמתך היוצא ממנה מותרת אף שדך היוצא ממנו מותר וכו' עכ"ל הגמרא והאי קרא נכתב גבי הרכבה כמבואר בקדושין (דף ל"ט ע"א) מה בהמתך בהרבעה אף שדך בהרכבה

וכו'

וכו׳ עכ״ל · למה צריך הגמרא לתרץ דידעינן דכלאי זרעים מותר מדאתקיש לכלאי בהמה הא ידעינן זאת מולא אילנו דאם איתא דפירות אסורין אם הבריך והרכיב באיסור א״כ למה לן קרא ולא אילנו למעט הברכה והרכבה באיסור הא מנינן למילף מבית דאם גזלו אינו חוזר ממערכי מלחמה ה״ה הרכבת איסור דאינו חוזר א״ו אם הבריך והרכיב באיסור הפירות מותרין וכ״ת דעדיפא מיניה משני דידעינן זאת מהיקש והוה כאילו כתוב בהדיא · אבל מה דידעינן דהפירות מותרין מולא אילנו הוא רק מכח הוכחה ולא הוה כאילו נכתב בהדיא · ז״א דהא מבואר בנו״ב במהדורא תניינא חלק י׳ סימן קנ״ה בשם הר״ש מקוצין בספר הכריתות דיש מ״ד דיש גזירה שוה למחצה ומסתמא נמי סובר דיש היקש למחצה ואליביה דידיה לא מוכח כלל מדאיתקיש שדך לבהמתך דהפירות מותרין וא״כ לפ״ז עדיפא הוה לשנות הגמרא דידעינן דהפירות מותרין מקרא דולא אילנו ואף למ״ד דאין היקש למחצה מ״מ לא הוה בודאי כנכתב בפירוש והוא רק מכח סברא ומהקרא דולא אילנו ידעינן בהוכחה מוכחת · לכן נראה דמהקרא דולא אילנו דידעינן דהפירות מותרין אף דהרכיב באיסור זהו דוקא גבי הרכבה אבל אם הבריך באיסור נוכל לומר דהפירות אסורין אף דהגמרא בסוטה שם ממעט הברכה והרכבה משמע דגם אם הבריך באיסור הפירות מותרין היינו לפי מה שאבאר דידעינן זאת מהיקש דאם הבריך באיסור הפירות מותרין כמו דגרסינן בירושלמי פרק קמא דערלה רבי יוחנן בשם רבי ינאי אילן שנטעו בתוך הבית חייב בערלה ופטור מן המעשרות דכתיב עשר תעשר את כל תבואת זרעיך היוצא השדה ופירוש המפרש שם חייב בערלה דלא כתיב שדה בערלה כמו שכתוב במעשר לפיכך במעשר פטור הגדל בתוך הבית וה״נ כתיב בהמתך לא תרביע כלאים שדך לא תזרע כלאים ומדכתיב שדך משמע שהבריך באיסור · דהרכבה לא שייך בו שדך וכ״ת דקאי לשון שדך על האילן הנטוע בתוך השדה דליסנא דקרא שדך לא תזרע כלאים משמע דהכלאים נזרע בשדה ואם הרכיב באיסור הכלאים באילן ולא בשדה אבל אם קאי על הברכה באיסור ניחא לשון שדך דהברכה היא בארץ · וכ״ת היכן מצינו הברכה גבי כלאים הלא זאת מבואר במשנה ריש פרק זיין דכלאים ובטיו״ד סימן רצ״ה שהבאתי לעיל · והשתא ניחא דמקרא דולא אילנו הוה אמינא דוקא אם הרכיב באיסור הפירות מותרין וסברא רבה יש לחלק בין הברכה להרכבה דבהברכה הוא יותר מיקרי זורע דחייב אף במעשרות משא״כ הרכבה דלא מיקרי זורע כל כך דאם נטע בעציץ שאינו נקוב פטור מן המעשרות עיין בגיטין (דף ז׳ ע״ב) ואפילו תימא דגבי הרכבה הוא יונק מן הקרקע בעצמו דרך האילן שהורכב בו וחייב במעשרות עפי מזרע בעציץ שאינו נקוב מ״מ יכול להיות שאינו חייב במעשרות מטעם אחר דגבי מעשר כתיב תבואת זרעיך היוצא מן השדה דוקא מן השדה ולא מן האילן · ואפילו אם תלך בדרך אחר ותאמר דחייב במעשרות מ״מ מצד הסברא עפי מיקרי זורע בהברכה מבהרכבה א״כ לפ״ז דהקרא דולא אילנו דמלמדינו דהפירות מותרין הוה מוקמינן ליה דוקא גבי הרכבה · אבל הברכה באיסור לא ידעינן דהפירות מותרין לכן משני הגמרא בחולין הנ״ל דילפינן מהיקש דאיתקש הברכת אילן לכלאי בהמה דמהיקש הזאת ילפינן דגם בהברכה הפירות מותרין · והשתא כיון דידעינן מהיקש דגם בהברכה הפירות מותרין לכן נקטי הברייתא בסוטה שם למעוטי גם מבריך דאינו חוזר · אבל אם לא ידעינן מהיקש הוה מוקמינן הקרא דולא אילנו למעוטי רק מרכיב לחוד וכיון דעיקר הקרא דולא אילנו לא קאי רק על ההרכבה לכן משני הגמרא כאן בהרכבת איסור וכו׳ ושבק הברכה דנקטה הברייתא דעל זה לא קאי הקרא ולא אילנו ודו״ק · הדרן לעניננו דפירוש המשניות להרמב״ם נפרש כפירש״י בע״א הא דילדה שסבכה בזקנה בטלה מטעם זה וזה גורם הוא דמותר ולא מטעם ביטול קא אתינן עלה וכיון דרש״י והרמב״ם והר״ן שהבאתי לעיל שמשמע מדבריו שמסכים ג״כ לפירש״י העומד כנגדם · התוס׳ בע״א שם דפירשו דמטעם ביטול קאתינן עלה כמבואר בדברינו לעיל · לפי הנראה נקטינן הא דילדה שסבכה בזקנה דמותר הוא מטעם זה וזה גורם דרבים נינהו וכיון שכן לא אבין ראיות מהר״ש אלשיך דאתרוגים המורכבים פסולים · משום דבטלי יניקת האתרוג בתוך יניקת הלימא״ן כמו דאמרינן דילדה שסבכה בזקנה דבטלה יניקת הילדה בתוך הזקנה דהתם נקטינן דהטעם דמותר מטעם זה וזה גורם הוא דמותר ולא מטעם ביטול ומה שכתב המ״א סוף סימן תרמ״ח דאתרוגים המורכבים אולי לא מיקרי אתרוג כלל כיון שהוא משונה מבפנים בטעמו ומהותו וקליפה האגודת אזוב וכתב שטענה חזקה היא דאולי הוא בריה בפני עצמה כמו שאמר גבי כוי ולא שייך בזה ביטול כלל דעקר גידוליו מעקריה מינא אחרינא הוא עכ״ל · לפענ״ד לא אבין זאת דא״כ לפי זה כלאים הבאה מעז ורחל דבודאי נשתנה טעמו ומהותו מעז ומרחל כיון דמורכב משניהם יהא נמי מיקרי בריה בפני עצמה וזה מבואר בחולין (דף ע״ט ע״ב) דכלאים הבאים מעז ומרחל אותו ואת בנו נוהג בו אע״ג דכתיב גבי אותו ואת בנו שור או שה אותו ואת בנו לא תשחטו ביום אחד ונימא דוקא שור או שה הוא דאותו ואת בנו נוהג בו אבל כלאים שהבאה מעז ומרחל הוא בריה בפני עצמו · רק אח״כ נחלקו שם בכוי אם אותו ואת בנו נוהג בו ובאיזו כוי נחלקו זה הבא מתיש ומצביה וגם הבא מן התיש ומן הצביה משמע שם דלא נקרא בריה בפני עצמו אף שבא משני מינים שיש הפרש גדול ביניהם כפירוש רש״י שם (דף פ׳ ע״א) כוי בריה בפני עצמו דלא מכלאי בהמה וחיה בא וכו׳ עכ״ל רש״י מכל זה שהבאתי מוכח דלא מיקרי בריה בפני עצמו אף שנשתנה טעמו ומהותו · ואתרוג המורכב שיש לו מראה אתרוג כשאר אתרוגים מהיכי תיתי נימא שמיקרי בריה בפני עצמו וגם הכוי שמקצתם סוברים שנקרא בריה בפני עצמו יש לו שם אחר לא שם חיה ולא שם בהמה אבל אתרוג המורכב נקרא אתרוג והאיך נוכל לומר דנקרא בריה בפני עצמו · וגם נראה לי להביא ראיה דאתרוג המורכב לא מיקרי בריה בפ״ע ממה שאמרו בפרק מרובה (דף ע״ח) גבי קדשים מדאיצטריך למכתב שור או כשב פרט לכלאים פירוש מדכתיב או מיותר אבל מדכתיב שור וכשב ולא היה כתיב או · לא הוה ממעטינן דכלאים פסולים לקרבן ולמה מצרכינן יתורא דקרא או למעוטי · הא ממילא ידעינן דכלאים פסולים לקרבן דלא מיקרי שור ולא שה רק דבריה בפני עצמו הוא וכעין ראיות האלו נוכל להביא מהרבה מקומות רק עוד ראיה אחת אציגה לפניך מבכורות (דף ו׳ ע״ב) ת״ר רחל שילדה מין עז ועז שילדה מין רחל פטורה מן הבכורה פירוש דמבואר לקמן שם מדכתיב אך בכור שור עד שיהיה הוא שור ובכורו שור ע״כ ואם יש בו מקצת סימנים חייבת ר״ש אומר עד שיהא ראשו ורובו דומה לאמו איבעיא להו לאכילה מי בעיא ר״ש ראשו ורובו וכו׳ ופירשו דלא משתרי באכילה במקצת סימנים עד שיהא ראשו ורובו דומה לאמו או לא ע״כ · הרי מבואר בהדיא דמשונה הוא ואינו דומה לבהמות המחוייבים בבכורה ואפילו הכי מצרכינן קרא מיותר למעט דפטורה מן הבכורה כפירוש רש״י שם (בדף ה׳ ע״ב) בד״ה אך בכור שור מדמצי למיכתב אך שור וכשב ועז דהא עניינא בבכור קא משתעי דכתב לעיל מיניה כל פטר רחם וגו׳ ונקט בכולהו בכור שמע מינה וכו׳ עכ״ל אבל בלא יתורא דקרא הוה אמינא דחייב בבכורה אף שאינו דומה לבהמות המחוייבים בבכורה ולא מיקרי בהמה א״כ איך נוכל לומר דאתרוג המורכב שהוא דומה בתואר לאתרוגים שאינם מורכבים שמיקרי בריה בפני עצמו · וגם מצד הסברא שכתבתי לעיל דלא כתבה התורה רק פרי עץ הדר אבל אתרוג לא הוזכר ונקרא פרי עץ הדר כמו שכתבתי לעיל אף אם תאמר כסברת המ״א דלא מיקרי אתרוג מכל מקום אין לפוסלו כיון דמיקרי פרי עץ הדר :

כל מה שכתבתי היינו להכשיר אם נטל ענף מאילן אתרוג והרכיב בתוך אילן הלימא״ן אבל להיפך שהרכיב ענף מאילן לימא״ן בתוך אילן אתרוג זה לכו״ע לא מיקרי אתרוג

כלל

כלל. אך כתב הבעל אגודת אזוב שם שנראה מדברי מהר"ם אלשיך שם דהיינו בידוע שכן היה אבל אתרוגים המורכבים הבאים אלינו בתואר ומראה אתרוג אין לספק בהם אולי הם מאילן לימא"ן שהורכב בתוך אילן אתרוג לפי שאז לא היה הענף מוציא בתואר אתרוג אלא בתואר לימא"ן כמו שפירש רש"י פרק משוח מלחמה (דף מ"ג ע"ב) ד"ה המרכיב שהענף עושה פירי ממין האילן אשר יונק משם ושכן אומרים הגננים ע"כ. וכן יראה מתשובות הב"ח שם וכו' ואח"כ הביא ראיה מירושלמי שכן הוא:

פרח י אות ו

למה שרצה הלבוש לפסול אתרוגים המורכבים שהרי נעבד בו עבירה דהרכבה ואע"ג שהרכיבו עכו"ם הא איכא למ"ד בפרק ד"מ דאפילו עכו"ם מצווה על הרכבת אילן וכיון דנעבדה בה עבירה אע"ג שמותר באכילה אמאיס לגבוה דומיא דבהמת כלאים דאע"ג שמותר באכילה אסורה לקרבן מטעם דכיון דנעבדה בו עבירה אמאיסה לגבוה ה"נ הכא וכתב ע"ז הט"ז (סימן תרמ"ט ס"ק ב') וקשה לי דא"כ מאי אתני הא דאמר רבא להנהו תגרי מוכרי הדס דכי זבינתו אסא מעכו"ם דלא ליגזזו אתון אלא ליגזזו אינהו ויהבי לכו מאי טעמא כו' כדאיתא (בדף ל') דהא סוף סוף עבד העכו"ם עבירה ומאיס לגבוה לפ"ד דהא בני נח נצטוו על הגזל. אנכי איני מבין את דברי הט"ז כי לפי הנראה יש חילוק רב ביניהם דגבי גזל בגוף הדבר שגזל לא נעשה בו עבירה רק האדם שגזל עשה עבירה ואם החזיר א"כ הגזילה להנגזל בודאי יוצא בו רק הגזלן עשה בו עבירה לכן אינו יוצא בה לכן אמר רבא להנהו תגרי כו' דלא ליגזזו אתון כדי שלא תעשו שום עבירה ומה שלקחה מהם לא עשה עבירה אף דאמרינן בסוף ב"ק שאסור לקנות שום דבר מהגזלן כיון דהוי יאוש ושינוי רשות או שינוי מעשה קנו הם את האסא והוה כמו מעולם היתה שלהם רק הם מחויב להחזיר הדמים יש מחלוקת הרמב"ם עם הראב"ד אבל הכא גבי כלאים וכן גבי אתרוג המורכב נעשה עבירה בגוף הדבר ולא תחזור להכשירה בשום אופן. לכן אינו יוצא בו אף כי על ידי עכו"ם נעשית העבירה מה בכך הא מכל מקום נעשה עבירה בגוף הדבר ולא תוכל לחזור להכשירה בשום אופן. וכן מדויק לשון הלבוש שכתב שנעבדה בו עבירה ולא כתב שהוא מצוה הבאה בעבירה אלא ודאי משני ענינים הם ואינם שוים בקנה אחד עיין בתוס' סוכה (דף ל' ע"א) ד"ה משום. ותו כתב הט"ז להקשות על דברי הלבוש מהך דאיתא בסימן י"א הלכות ציצית המשתחוה לפשתן נטועה כשר לציצית שהרי נשתנה. כל שכן כאן שאין לך שינוי גדול מזה שאחר שנעשה ההרכבה נתגדל האתרוג ונעשה בריה חדשה ע"כ. גם זה איני מבין דבריו דהאי התם דגבי פשתן נשתנה הפשתן אחר שנעשה העבירה ובעת שנשתנה ליכא שום עבירה לכן כשרים לעשות מהם ציצית אבל הכא התחלת גידול האתרוג בא ע"י עבירה ונגמר ג"כ בעבירה כמבואר בכמה מקומות בתלמודא ואחד מהם במכות (דף כ"א ע"ב) דתניא המנכש בכלאים והמחפה בכלאים היה לוקה רבי עקיבא אומר אף המקיים מאי טעמא דר"ע דתניא שדך לא תזרע כלאים אין לי אלא זורע מקיים מנין ת"ל שדך לא עכ"ל הגמרא ופירוש רש"י ע"ז ושמעינן לה הכא דהוה מצי למיכתב בהמתך כלאים לא תרביע כו' והאי קרא נאמר בהרכבת אילן כמו שכתבתי לעיל מהך דקידושין שכתבתי לעיל וכן פסק הרמב"ם פרק א' מהל' כלאים ה"ל ג' וכיון דמקיים אסור א"כ אף כשגמר האתרוג ג"כ נעבד בו עבירה וכ"ת דוקא לישראל אסור לקיים כלאים אבל בן נח אינו מצווה רק שלא לנטוע ולהרכיב אבל לקיים אם אחר נטעו מותר לקיים. זה אינו דהא מבואר בסנהדרין (דף ס' ע"א) רבי אליעזר אומר אף על הכלאים מנה"מ אמר שמואל את חוקתי תשמורו חוקים שחקקתי לך כבר ופירש"י את חוקותי שחקקתי לך כבר לבני נח תשמורו ואלו הן וכו' עכ"ל רש"י: בהמתך לא תרביע כלאים ושדך לא תזרע כלאים וכו' עכ"ל הגמרא הרי מבואר שבני נח אסורים גם לקיים כלאים שהרי מהקרא הזה למדו במכות שם שאסור לקיים כלאים וא"כ גם בן נח מצווה מלקיים כלאים שישראל ובני נח ביחד נצטוו עליה. ולפי דברי הט"ז הוה ליה להט"ז להביא ראיה מהמבואר בתורת חיים סימן י"א המשתחוה לבהמה צמרה פסול לציצית ודין זה מבואר בע"ז (דף מ"ז ע"א) בעי רב פפא המשתחוה לבהמה צמרה מהו לתכלת וכו' ואי תכלת לציצית היינו בעיא דר"ל ומבואר בתוס' שם בד"ה מי מאיס דר"ל סובר ג"כ דבדיעבד ודאי יוצא אלא מבעיא ליה מי מאיס לכתחילה אי לא לפ"ז מוכח הא דפסקו הפוסקים שהמשתחוה לבהמה צמרה פסול לציצית היינו לכתחילה אבל בדיעבד כשר וכן מוכח מדברי הרמב"ם בפרק ראשון מהל' ציצית הלכה י"א הטווי ציצית וכו' ואין עושין מצמר הגזול ולא משל עיר הנדחת ולא משל קדשים ואם עשה פסול. המשתחוה לבהמה צמרה פסול לציצית וכו' עכ"ל. מדחלקן לשני בבות ולא כתבן בבבא אחת ולכתוב אח"כ ואם עשה פסול. מזה מוכח דהא דכתב המשתחוה לבהמה צמרה פסול לציצית היינו לכתחילה לכן לא מסיק בזה ואם עשה פסול כדמסיק גבי צמר הגזול ואיך וכן מוכח מדברי הטור מהל' ציצית סימן י"א עשה מצמר גזול פסולה. המשתחוה לבהמה צמרה פסול לציצית. ולא כללן שניהם ביחד אלא מוכח דסובר דהא דמשתחוה לבהמה צמרה פסול לציצית היינו לכתחילה אבל בדיעבד כשר. לכן דייק הטור בלשונו דבצמר גזול כתב לשון פסולה דקאי על הציצית שהם פסולים אף בדיעבד וגבי המשתחוה לבהמה כו' כתב לשון פסול דלשון פסול קאי על האדם שלא יעשה מהם ציצית לכתחילה וכן מצינו במקום אחר דנכתב לשון פסול והוא לכתחילה ולא בדיעבד עיין בחולין ר"פ השוחט ובתוס' שם ד"ה השוחט דבתוספתא איתא רבי יהודה פוסל עד שישחוט כו' את הוורידין ע"כ וכתבו התוס' ע"ז לא דוקא פסול בדיעבד אלא כלומר אסור וכן כתב הרא"ש שם וכן פסקו הפוסקים עיין בטור יו"ד ובב"י בשו"ע סימן כ"ב וכיון שהוכחנו דהא דצמרה פסול לציצית היינו דוקא לכתחילה אבל בדיעבד כשר והצמר לא נשתנה כלל עיין בתורת חיים בע"ז שם ונעשית בה עבירה ואפילו הכי כשר בדיעבד וה"נ גבי אתרוגים המורכבים יהי' כשירים עכ"פ בדיעבד אם אין לו אחר. וביותר קשה דהוה ליה להט"ז להביא ראיה מדינא דלולב גופו ומה לו לבקש ממקום אחר דהא שם בסעיף ג' אם היה הארבע מינים נעבדים לעכו"ם לכתחילה לא יטול ואם נטל כשר והרי נעשית בהם עבירה ואפילו הכי כשר. עיין בתוס' סוכה (דף ל' ע"א) ד"ה משום וכו' ותו אמאי בעינן דלאו אסירי דמצוה וכו' עכ"ל ועיין ברמב"ם פ"ט מהלכות מלכים ה"ל ב' דמוכח מדבריהם דאם משתחוה עכו"ם לאיזו דבר מיקרי נעשית בה עבירה וגם בשאר מקומות מוכח כן וא"כ לפ"ז ה"נ באתרוגים המורכבים אף אם נעשית בהם עבירה אפ"ה הם כשירים. וכ"ת דהט"ז היה רוצה להביא ראיה שכשירים האתרוגים המורכבים אפילו ליטול לכתחילה לצאת בו לכן מביא מפשתן שנשתנה שכשרים לעשות מהם ציצית אפילו לכתחילה דבצמר המבואר שם דפסול היינו לכתחילה אבל בדיעבד כשר א"כ מוכח מזה דפשתן שנשתנה כשירה אפילו לכתחילה. ולכן לא הביא הט"ז ראיה מהך דצמר ומהך דהא שלולב של עכו"ם לא יטול ואם נטל כשר שהביא הט"ז זה הדין באותו סעיף קטן גופיה דשם לכתחילה פסול משום דלא נשתנה. הא חזינן בראיה האחרונה שהביא הט"ז שלא כדברי הלבוש מהך דכלאים דאיצטריך למעוטי הא לאו הכי כשר לקרבן עיין לקמן שהבאתי דברי הט"ז בזה ומשם לא מוכח רק דבדיעבד הם כשרים האתרוגים המורכבים דלכתחילה יכול להיות דפסולים האתרוגים המורכבים מטעם דמאיס ואפילו הכי איצטריך הכתוב לכתוב או למעט דפסולים כלאים להקרבה דהוה אמינא בדיעבד כשר להכי איצטריך הכתוב למעט דפסולים אף בדיעבד דזאת לא היינו ידעינן אם לא היתה התורה מלמדינו וכיון דהט"ז הביא ראיה שלכה"פ כשרים האתרוגים המורכבים בדיעבד לפירוש זה איני מבין אמאי לא

הביא

הביא הט"ז מלולב של עכו"ם המוזכר. שם בט"ז באותו ס"ק ומהך דמשתחוה לגמר. הא לכה"פ מוכח משם דכשרים האתרוגים המורכבים בדיעבד. אם אין לו אחר וכ"ז הוא רק לדברי הט"ז אבל לסברתינו ליכא שום ראיה לא מגמר הנ"ל ולא מד' מינים של עכו"ם כיון דיכול לבטלן. לא מיקרי נעבד שהן עבירה בהגמר וכד' מינים גופא רק העכו"ם עשה עבירה שהשתחוה להם ובגוף הדבר נשאר כמו שהיה קודם שהשתחוה :

עוד הקשה הט"ז על הלבוש מהך דפרק מרובה (דף ע"ה) גבי קדשים. או כשב פרט לכלאים למה לי קרא תיפוק ליה דהוה ליה מצוה הבאה בעבירה לפי דבריו אלא ודאי דלא שייך כאן מצוה הבאה בעבירה מטעם שזכרנו ע"כ. גם זה איני מבין דבריו הקדושים. דאיתא בבבא קמא (דף ס"ה ע"ב) אמר ר' אילעא גנב טלה ונעשה איל. עגל ונעשה שור נעשה שינוי בידו וקנה טבח ומכר שלו הוא טובח ושלו הוא מוכר אתביה כו' מתקיף לה רבי זירא ונקנינהו בשינוי השם אמר רבה שור בן יומו קרוי שור ואיל בן יומו קרוי איל וכו' מ"מ קשיא פירוש הקושיא שהקשה לעיל. ומשני אמר רב ששת הא מני בית שמאי הוא פירוש הברייתא אתיא כבית שמאי ורבי אילעא אמר אליביה דבית הלל ע"כ דברי הגמרא ופירושו. ולפ"ז לא קשה מה שהקשה הט"ז על הלבוש דהא דאיצטריך התורה לכתוב או למעט כלאים. ולא ידעינן זאת שפסולים בלא קרא מטעם מצוה הבאה בעבירה דהא העבירה נעשית קודם ואח"כ כשנולד ונעשה בהמה הא אישתנה. והוה כמו אחר שלא נעשית בו עבירה מעולם ואליביה דר' אילעא דאמר כבית הלל דמתירין בית הלל להקריב אתנן זונה שמשתנה אחר כך משהיה בעת שנתנה כגון שנתנה חיטים באתננה ואחר כך נעשית סולת דמותרין הסולת להקריבן דסולת לא נתנה באתננה והוה כמו אחרים עיי"ש בתוס' הא מני ולר' זירא ולרבא שם איכא נמי שינוי השם אף דאמר רבה שור בן יומו קרוי שור מ"מ הזרע בודאי לא קרוי שור. ולפי סברא זאת דדוקא שור בן יומו קרוי שור אבל לא קודם שנולד דהא רבא מביא ראיה משור או כשב וגו' כי יולד [צ"ע על הגמרא בע"ז (דף מ"ז ע"א) הכי השתא התם מעיקרא בהמה והשתא בהמה דשאני הוא דאחזה באנפה וכו' עיין תוס' (ב"ק דף ס"ו ע"ב) ד"ה שינוי השם כשינוי מעשה דמי וכו' ועיין עוד תוס' סוכה (דף ל' ע"ב) בד"ה ולקנינהו בשינוי השם וכו' וכאן אין מקומו ולא ראיתי להאריך בזה] ויותר לא אבין דברי הט"ז שהרי בקושיא השניה שהקשה מציצית כתב הטעם דכשר שהרי נשתנה. לפירוש זה מאי הקשה למה לי קרא למעט כלאים מוכח מזה שלא כלבוש דלא שייך באתרוגים המורכבים מצוה הבאה בעבירה הא חילוק רב יש ביניהם דבאתרוגים המורכבים תחילת נטיעתן באיסור. וגם נגמר גידולן באיסור כמו שכתבתי לעיל דלא נשתנה לאחר שנעשה העבירה משום הכי יכול להיות פסולין מטעם מצוה הבאה בעבירה אבל גבי כלאים דנשתנה לאחר שנעשה עבירה והוה כמו אחר לכן אצטריך קרא למעט. גם איני מבין דברי הט"ז במה שכתב אלא ודאי דלא שייך כאן מצוה הבאה בעבירה מטעם שזכרנו עכ"ל לפי הנראה דכוונתו לטעם שזכר מקודם שהרי נשתנה ואם נשתנה לאחר שעשה עבירה כשר אפילו לכתחילה כמו שהוכחנו לעיל ומהך דכלאים אינו מוכח שכשרים האתרוגים המורכבים רק בדיעבד כמו שכתבתי לעיל ובדיעבד כשר אף אם לא נשתנה כמו שבררתי לעיל וא"כ לא מוכח מכלאים רק סברא דנשתנה וכ"ת דכוונת הט"ז לטעם המוזכר שם בסק"א דהא דפסלינן מצוה הבאה בעבירה דוקא שע"י מצות נטילת לולב נעשה העבירה אבל אם נעשה העבירה בלא המצות נטילת לולב כשר. א"כ ליטול הלולב דע"ז לא שייך מצוה הבאה בעבירה אף שדרך רחוקה הוא. לפרש כן מ"מ גם אם נפרש דבריו באופן זה ג"כ איני מבין דלפי הנראה מסוגיות הש"ס וראשונים ואחרונים דאם נעשה העבירה בלא עשית המצוה כשר אפילו לכתחילה לצאת בו וא"כ האיך מביא מהך דכלאים שמוכח משם הסברא הזאת דמהך דכלאים לא מוכח רק דבדיעבד כשרים האתרוגים המורכבים ומצד הסברא שלא נעשית העבירה ע"י המצוה כשרים אפילו לכתחילה ואף אם תדחוק ותאמר דסבירא ליה להט"ז דגם מצד הסברא הזאת אין אנו מכשירין רק בדיעבד ג"כ איני מבין דלפירוש זה הראיה ראשונה שהביא הט"ז מהני תגרי מוכרי הדס דשם הטעם דמכשרינן משום שלא נעשית עבירה ע"י המצוה כמבואר בראשונים ובאחרונים ובט"ז עצמו לפ"ז הינם כשרים רק בדיעבד אם אין לו אחרים. והראיה השלישית שמביא מהך דכלאים שם. ג"כ לא מוכח רק בדיעבד הם כשרים האתרוגים המורכבים והראיה השניה שמביא מהך דפשתן שנשתנה לאחר שנעשית העבירה מביא הט"ז ראיה דכשרים האתרוגים המורכבים אפילו לכתחילה א"כ הוה ליה להט"ז להביא ראיה שלישית מיד אחר הראיה ראשונה שמשניהם לא מוכח רק דכשרים האתרוגים בדיעבד ואחר כך הוה ליה להביא ראיה מהך דפשתן שכשרים אפילו לכתחילה וכדי שלא יהיה דברי הט"ז מוקשים יותר מדאי אמרתי ליישב כשהזכיר הט"ז דברי רבא לולב של עכו"ם לא יטול ואם נטל יצא פירוש הט"ז דלא מיירי שהשתחוה ללולב רק שהימנו לעכו"ם. וזה הפירוש מבואר קצת מהראשונים והוכר הט"ז אף דבני נח מצווים על העכו"ם היינו שלא לעבוד עכו"ם בארבע עבודות המבואר בסנהדרין או בהשתחויה או כדרכן משאר עבודות עיין בסנהדרין (דף ס' ע"ב) אבל לשמש לעכו"ם ע"ז אינם מצווים הבני נח. וא"כ לא נעשית עבירה באותו לולב מה ששימש העכו"ם בו. לע"ה וגם בזה לא שייך לפסול משום טעמא דמאיס כיון דלא הוה רק שימוש בעלמא ומה שלכתחילה אסור עיין הטעם בדברי הראשונים ולכן אין ראיה מהא דכשר בדיעבד. אם נטל לולב של עכו"ם שעכ"פ יהיה כשרים האתרוגים המורכבים בדיעבד דהאי לולב של עכו"ם לא נעשה בו שום עבירה. מה שאין כן באתרוגים המורכבים כמבואר בדברי הט"ז וכל ראיות שהביא הט"ז להכשיר אתרוגים המורכבים אינו מביא רק שכשרים בדיעבד דגם מהך דפשתן אף שנשתנה אפי"ה אינו כשר רק בדיעבד ומשתחוה לגמר שלא נשתנה פסול אף בדיעבד. לפ"ז לא מוכח דמשתחוה לפשתן שנשתנה שיהיה כשרים אף לכתחלה. והשתא אתי שפיר דברי הט"ז מה שסיים אלא ודאי לא שייך כאן מצוה הבאה בעבירה מטעם שזכרנו כוונתו להטעם שנשתנה שהזכיר לעיל שגם אף בנשתנה אינו כשר רק בדיעבד. ואי תקשי לך כיון דמראיה ראשונה ושניה מוכח דאף אם נעשית עבירה באיזו דבר אך לא נעשה על ידו המצוה כשרים עכ"פ בדיעבד למה אמר המשתחוה לבהמה נמרה פסול אף בדיעבד הא לא נעשית העבירה ע"י המצוה. יש לתרץ דלא מצינו בש"ס דמאיס רק גבי אתנן זונה דמאיס לגבוה עיין בבבא קמא (דף ל"ד ע"א) וגבי המשתחוה לבהמה דמספקא להגמרא אם נמרה פסול לציצית מטעם דמאיס עיין בע"ז (דף מ"ז ע"א) אבל אם נעשית באיזו דבר אחד משאר עבירות כגון כלאים לא משכחינן. דהגמרא יפסול אותה לקחת אותה לאיזו מצוה מטעם דמאיס: לכן ניחא דהך דהמשתחוה לבהמה דנמרה פסול אף בדיעבד לציצית משום דמאיס אבל אתרוגים המורכבים. או הני מוכרי הדס שהביא הט"ז דשם ליכא טעמא דמאיס לכן מותר בדיעבד :

אך אף שיישבתי קצת דברי הט"ז בכל זה איני מבין שלפי מה שכתבתי בדברי הט"ז דהך לולב של עכו"ם לא נעשה בו שום עבירה ובתוס' סוכה (דף ל' ע"א) בד"ה משום מבואר דגם בלולב של עכו"ם נעשה בו עבירה עיין שם וגם מה שכתבתי דלא שייך טעמא דמאיס בהך לולב של עכו"ם משום דלא הוה רק שימוש בעלמא הא התוס' בע"ז שם בד"ה מי מאיס והר"ן כתבו הא דאיבעיא בגמרא דהמשתחוה לבהמה נמרה פסול לציצית היינו דוקא לכתחלה אבל בדיעבד ודאי כשרים כדי שלא יחלוק ר"ל דאיבעיא זאת האיבעיא על רבא דאמר לולב של עכו"ם לא יטול ואם נטל יצא ואם נאמר דיש חילוק בין הך דלולב להך דמשתחוה כמו

שכתבתי לפי דברי הט"ז דהשה פסול אף בדיעבד א"כ לא שייך כך בעיא דר"ל לכך דינא של רבא וגם מדברי התוס' והר"ן מוכח דההשתחוה לבהמה למרה כשר בדיעבד לנוילית ומה דפסול הוא רק לכתחילה וגם עוד מבואר מהר"ן שכן דעת הראב"ד והרמב"ן ואח"כ מצאתי שגם המגן אברהם (סימן תקפ"ו סעיף קטן ו') כתב ג"כ דכשרים בדיעבד הנמר לעשות מהם ניילית רק הוא כתב מטעם אחר ודו"ק · ומה שכתב הט"ז עוד שם לפסול האתרוגים המורכבים מטעם שדינם כדין נדמה דפסול כבר דחה הוא ז"ל בעצמו שם וכבר כתבתי זה לעיל בשם אגודת אזוב דהתם שאני כיון דאשתנה מבחוץ לאו הדר הוא מה שא"כ במורכב שאין בו שינוי מבחוץ לית לן בה ע"כ :

ואף שדברי הט"ז אינם מובנים לי מה שהשיג על הלבוש נמצא לפ"ז יכולים לפסול האתרוגים המורכבים מטעם שנעבדה בה עבירה כדעת הלבו"ש אבל נראה לי להביא ראיה דאינם יכולים לפסול האתרוגים המורכבים גם מטעם שנעשית בה עבירה דאיתא בתמורה (דף כ"ח ע"א) דת"ר מן הבהמה להוציא רובע ונרבע והלא דין הוא ומה בעל מום שלא נעבדה בה עבירה פסול לגבי מזבח רובע ונרבע שנעבדה בהם עבירה אינו דין שאסורים לגבי מזבח הורם בכור ובחמור יוכיח וכו' טול לך מה שהבאת הרי שנתעבדה בהן עבירה בשני עדים ופירוש רש"י ע"ז כלומר הרי יש לך להביא בדין זה אותו ששני עדים מעידים בו שרבע או שנרבע הוא ודאי חייב מיתה ואסור לגבוה עכ"ל רש"י נעבדה בהן עבירה ע"פ עד אחד או ע"פ בעלים מנין וכו' ת"ל מן הבהמה להוציא רובע ונרבע וכו' עכ"ל הגמרא ולפי דברי הלבוש דפוסל אתרוגים המורכבים מטעם מצוה הבאה בעבירה למה צריך קרא למעט רובע ונרבע הא אף אם לא מיעטה התורה בפירוש ידעינן נמי דפסולים דהא נעבדה בהן עבירה אלא ודאי דמטעם שנעבדה בהן עבירה לא הוינו פוסלים להקריב ע"ג המזבח משום הכי אצטריך קרא מן הבהמה למעוטי רובע ונרבע ולפ"ז כש"כ דכשרים האתרוגים המורכבים כדמוכח בע"א (דף מ"ז ע"א) דאם כשר לגבי מזבח כש"כ דכשר לגבי מצוה · וגם לא נוכל לפסול אתרוגים המורכבים מטעם אחר שכן יצירתן בעבירה ולטעם זה אין ראיה מכך דתמורה דהתם אין יצירתן בעבירה אלא שאח"כ נעבדה בהן עבירה ע"ז יש הרבה תשובות · חדא דזאת הסברא לא מצינו בכולה תלמודא רק בפסולי קהל ולא בשאר דוכתי · וגם למה הוצרך קרא או למעוטי כלאים תיפוק ליה דבלא"ה פסול מטעם שכן יצירתן בעבירה אלא ודאי דמטעם זה אין לפסול אפילו להקריב על גבי המזבח וכש"כ שכשרים לגבי מצוה · וכ"ת ה"נ כמו שכתבתי לעיל כיון שנשתנה לאחר שנעשית העבירה משום הכי אצטריך קרא למעוטי גבי כלאים דזאת הסברא לא שייך רק אם באנו לפסול מטעם מצוה הבאה בעבירה על זה שייך לומר שנשתנה אח"כ והוה כמו אחר שלא נעשית בה עבירה מעולם · אבל אם אנו רוצים לפסול מטעם שכן יצירתן בעבירה מה בכך שנשתנה אח"כ מ"מ הא יצירתן בעבירה ואף שסברא רבה הוא אעפ"כ אביא ראיה שבכל מקום שאנו פוסלים מטעם יצירתן בעבירה אין אנו אומרים שנשתנה אח"כ וכשרים · ואין לומר דזה משמיעינו הקרא דאו למעוטי כלאים לאשמועינן דגם הכא יש לפסול מטעם יצירתן בעבירה וזה הטעם גילה לנו הקרא אבל בלא קרא לא ידעינן לפוסלו מטעם יצירתן בעבירה · דהבהמה שנרבע מאיזה מינה אף דהוה כלאים אעפ"כ הבהמה כשירה לקרבן דדוקא אם נרבע מן האדם הוא דפסולה [אך אינו מובן לי הא דאמרינן בתמורה שם הורם בכור וחמור יוכיח הוה להגמרא להוכיח ממציאה דנרבע דמיירי התם דנרבע מבהמה שאינה מינה יוכיח אף שנעבדה בהם עבירה איסור כלאים בכל זאת מותרת לגבי מזבח וכאן אינו מקומו להאריך בזה] ואפילו תימא דפסולה להקריב לגבי מזבח מ"מ לא ידעינן אם הולד שנולד מעבירה כזאת אם הוא פסול למזבח שהרי בקידושין (דף ע"ז) רצה הגמרא לומר קל וחומר זרעו מחולל כש"כ היא עצמה ואף שהולד יצירתו בעבירה בכל זאת היא המורה שנעבדה בה עבירה מהולד שיצירתו בעבירה ואף דמסיק הגמרא אח"כ מה לזרעו שכן יצירתו בעבירה היינו דנוכל לומר דזרעו חמור מהיא עצמה שעשתה עבירה · אבל זאת בודאי אין סברא שהגמרא יהיה חוזר לגמרי שהיא עצמה שעבדה עבירה תהיה קלה בודאי מהולד שנולד בעבירה ; וכיון דנוכל לומר דמה שנעבדה בה עבירה היא חמורה יותר מהולד שנולד ע"י עבירה כזאת א"כ אף אם תימא דבהמה הנרבעת פסולה לגבי מזבח מ"מ לא ידעינן אם הולד שיצירתו בעבירה אם הוא פסול לגבי מזבח · לכן כתב רחמנא או למעט כלאים שפסולים מלהקריב על גבי מזבח והטעם משום יצירתן בעבירה וממנו נלמד לגבי שאר דוכתי כגון אתרוגים המורכבים שיצירתן ע"י עבירה ג"כ הם פסולים · וכ"ת דחזינן בבבא קמא שם הוצרך הגמרא לבאר מגזירה שוה למעט כלאים גבי מעשר ובכור אבל בלא ג"ש לא ידעינן ולא נלמד במה מצינו מקדשים משום איזה טעם ה"נ גבי מצות לולב ג"כ אין אנו יכולים למילף מקדשים · זה אינו דבשלמא מעשר לא ילפינן מקדשים דקדשים קלים חמור ממעשר כדאיתא במשנה בריש זבחים ובפרק כל התדיר (דף פ"ט ע"א) השלמים קודמים לבכור וכו' וכל שכן למעשר כדאיתא במשנה אלא אמאי אצטריך ג"ש גבי בכור ליליף ממעשר הא בכור חמור ממעשר כדמוכח בשני המקומות בזבחים שם ונוכל ללמוד במה מצינו ולמה צריכין לג"ש אלא ודאי דהגמרא יכול לומר דילפינן במה מצינו בכור ממעשר והא דאיצטריך הגמרא למילף מג"ש משום דעצמא עדיפא מיניה קאמר הגמרא והגזירה שוה אינו מיותר דיהיה תקשי למה צריכין הגזירה שוה דהג"ש תחת תחת איתא ברש"י שם שנכתב הג"ש לכמה מילי והג"ש העברה העברה ג"כ נצרכת לכמה דברים עיין בזבחים (דף ט' ע"א) בכור נמי העברה העברה ממעשר גמר וכו' וכן אמרינן בבכורות (דף נ"ב ע"א) וגמר העברה מבכור מה בכור קדוש ואינו נגאל אף מעשר וכו' עכ"ל הגמרא · וכיון שכן נוכל לומר דלמידין אתרוגים המורכבים דפסולים מחמת שיצירתן בעבירה במה מצינו דפסולים כלאים להקרבה · אך לפ"ז צריכים אנו להבין מה שהביא הט"ז ראיה מכך דכלאים מדאיצטריך הכתוב או למעט כלאים מוכח מזה דמטעם מצוה הבאה בעבירה אין לפוסלו וה"נ גבי אתרוגים המורכבים כשרים כמה שלא כדברי הלבוש הא נוכל לומר דהקרא דהטעם שכלאים פסולים לקרבן מפני שמצוה הבאה בעבירה הוא ומכאן אנו למידים בכל מקום שמצוה הבאה בעבירה פסולים כגון אתרוגים המורכבים אך נראה לי ברור דבשלמא גבי קדשים קלים ובכור ומעשר נוכל לומר דפסולים או מטעם דמצוה הבאה בעבירה או מטעם יצירתן בעבירה וכן גבי פטר חמור המבואר בבבא קמא שם נוכל לומר ג"כ דאין פודין אותו בכלאים משני הטעמים הנ"ל דקלת קדושה יש בו כדאיתא בבכורות (דף ה' ע"ב) במאי קא מפלגי תנא דידן סבר גלה רחמנא בקדושת דמים פירוש גבי פטר חמור · עיין ברש"י שם ועיין עוד בבכורות (דף י"ב ע"א) איבעיא להו מהו לפדות בפסולי המוקדשין וכו' עכ"ל הגמרא · אבל מה דמסיק תלמודא שם בב"ק (דף ע"ח) דאיצטריך הבנין אב דרבא דכל מקום שנאמר שה אינו אלא להוציא את הכלאים דטמא שנולד מן הטהור ועיבורו מן הטמא היינו דאיעבר מקלוט ואליבא דר' שמעון דקרא לקלוט טמא עיין שם · ולענין איסור אכילה בזה בודאי לא שייך שני הטעמים היינו מצוה הבאה בעבירה והטעם דיצירתן בעבירה דלא מצינו בשום מקום דמטעם זה יהיה אסור באכילה אדרבה אמרינן בחולין (דף קט"ו ע"א) דהולד שנולד מכלאי בהמה מותרין להדיוט מדאסר רחמנא כלאים לגבוה מכלל דלהדיוט שרי · א"כ מוכח מהגמרא ונכתב בפירוש בתורה דאף אם באה בעבירה ויצירתן ע"י עבירה בכל זאת מותרין באכילה ומכש"כ אם איעבר מקלוט דלאו כלאים כל כך כמו שאר כלאים מכל שכן דהרי א"כ לפ"ז הא דאסורין באכילה על כרחך גזירת הכתוב הוא מהנלמד דהיינו איסור

אכילה אנו מבינים דהלמד דהיינו קדשים. הוא ג"כ גזירת הכתוב הא דמיעטא כלאים דמסתמא שניהם טעמים שוה א"כ לפ"ז אין אנו יכולים ללמוד בשאר דוכתי דפסולים כלאים כיון דגזירת הכתוב הוא כאן גזרה התורה אבל לא במקום אחר · וכן מוכח מהא דאמרינן שם בגמרא מקודם בב"ק (דף ע"ז ע"ב) גנב כלאים וטבחה וכו' משלם תשלומי ארבעה וחמשה ואמרינן שם בגמרא הטעם דאמר קרא או לרבות את הכלאים ופירוש רש"י שם דאו מיותר כתיב גבי תשלומי ארבעה וחמשה ולענין תשלומי ארבעה וחמשה בודאי לא שייך לומר דמשום שילדתן בעבירה או מטעם שבאה בעבירה היינו פוטרים אותו בלא קרא דאי מהמת בנין אב דרבא דכל מקום שנאמר בה אינו אלא להוציא את הכלאים ל"ל הכי דבשלמא גבי קדשים פסלה התורה מלהקריבה מטעם מצוה הבאה בעבירה או מטעם שילדתן בעבירה אבל גבי טביחה ומכירה לא שייך טעמים הללו א"כ אף בלא קרא דאו דכתיב גבי תשלומי ארבעה וחמשה ג"כ ידעינן דחייב דמשיכי תיתי אנו פוטרין אותו וכ"ת כיון דמיותר השה לבנין אב דרבא הוה ילפינן אף היכא דלא שייך טעמים הללו · זה אינו דהשה דשה ממנו רבא בנין אב לאו מיותר הוא כדמסיק הגמרא הא"כ דאצטריך לפטר חמור וגבי פטר חמור שייך טעמים הללו כדכתבתי לעיל · ואף מה דאיתא בבכורות (דף י"ב ע"א) אליביה דר"ש לא תיבעיא לך כיון דמותר בהנאה חולין הוא פירושו לענין הדין דמיירי התם הוה כחולין אבל מודה דקדושה אית בהו כדאמר סתמא דגמרא שם (דף ה' ע"ב) ובריש מסכת שם ועי"ש בתוס' בד"ה מייתה לה לקדושיה וכו' וגם אין סברא לומר דהא אמרינן שם (ד' י' ע"ב) דמודה ר"ש דלאחר עריפה שאסור בהנאה והאי אמרינן בהטעם במותר פטר חמור מחיים משום דלית ביה קדושה זאת אין סברא לומר דלאחר עריפה אז יהיה אל קדושה אלא ודאי דלא תלה זה בזה דאף שהוא קדוש מ"מ מותר בהנאה מחמת כי יש ללמוד מן התורה דמותר בהנאה ולאחר עריפה באסור בהנאה הוא ג"כ מצד גזירת הכתוב עיין בתוס' קידושין (דף נ"ז ע"ב) ד"ה כפרה ותוס' ע"א (דף כ"ט ע"ב) ד"ה כפרה וכן גבי עגלה ערופה כמבואר שם וכן מצינו גבי הקדש שאינו קדוש אלא לדמיו ג"כ מותר בהנאה מן התורה כמבואר בבכורות (דף י"ד ע"א) טעמא דנפדו הא לא נפדו וכו' וכן פסק הרמב"ם פרק ה' מהל' מעילה הל' ט' בהמת הקדש כו' אבל המקדיש בעלת מום קבוע למזבח אינה אסורה בגיזה ועבודה אלא מדבריהם ואדרבה נראה לי להוכיח דלר"ש פטר חמור קדוש יותר מקדושת דמים מדאיצטריך קרא מיותר להתיר בהנאה · אבל בלא קרא הוה אמינא דאסורה בהנאה אלמא דיש בפטר חמור יותר קדושה ממה שיש קדושה בקדושת דמים · א"כ לפ"ז נ"ל שמחמת שיש בהם קדושה לא יוכל לפדות בכלאים מפני שילדתן בעבירה או שבא ע"י עבירה אבל מנין אנו לומר לגבי תשלומי ארבעה וחמשה דלא שייך התם טעמים הללו שנפטור מלשלם ארבעה וחמשה דאצטריך או לרבות · ואף אם הלך בדרך אחר ותימא דפטר חמור ג"כ לא שייך טעמים הללו קמה הוכחתינו הראשונה כיון דהנלמד יש לו טעם אחר ולא מטעם מצוה הבאה בעבירה או ילידתן בעבירה גם המלמד היינו קדשים יש לו ג"כ טעם אחר דמיעטה התורה כלאים ולא מטעם מצוה הבאה בעבירה או ילידתן בעבירה ומה שכתבתי מקודם היא ישר בעיני :

דינים היוצאים מהפרח הזה ממה שמבואר עד כאן .

זאת תורת העולה ממה שכתבתי באתרוגים המורכבים · כשרים אפילו לכתחילה כי חזרתי על כל צידי הטעמים מה שרוצים לפוסלן והוכחתי לפענ"ד שכשרים הם אף לכתחילה ובתוך זה בררתי לפי ענ"ד שהמשתחוה לבהמה למרה כשר בדיעבד לעשות ממנה ציצית · גם בררתי בתוך הדברים האלו שהדין המוזכר בשו"ע יו"ד בסוף סימן צ"ח קדירה שיש בה כ"ט זיתים של היתר ונפלו בה שני זיתים אחד של דם ואחד של חלב וכו' הוא מוסכם אליביה דכו"ע כי אנכי לא מבין מה שכתבו שיש חולקים ע"ז גם בררתי בתוך הדברים האלו אם נתערב דבר שיכול להכיר אף שמונחים כעת המה מעורבים זה בתוך זה ואינו ניכר אינו בטל כיון שיכול להכירן באיזו אופן · אך זה דוקא אם הוא בטל ברוב מצד גזירת הכתוב אבל אם בטל מצד עולה מיעוטו מצד הסברא דעת הרמב"ם דבטל אף אם יכול להכירן כיון שעכשיו מעורבים זה בתוך זה ואינו ניכר בטל · גם בררתי בתוך הדברים דהיתר בהיתר בטל · גם בררתי בתוך הדברים האלו במה שכתב הב"י ביו"ד בשם הרשב"א שכל הדברים הנעשים על ידי שרגילים לתת לתוכן שום דבר איסור אין האיסור מתבטל במיעוטו להתירו דאינו בטל רק אם נתערב דרך מקרה בררתי זאת שזה רק מדרבנן בעלמא ולדבר מצוה מותר אפילו לכתחילה דמצות לאו ליהנות נתנו גם בררתי בתוך הדברים דהיכא דאיכא שלש ספיקות מברכין עליו ולא שייך בזה ברכה לבטלה :

פרח י אות ז

גם אמרתי בהשוות ענינא הכא דבתולה מקלת בתולים דמדמה בפרק אלמנה ניזונת (דף נ"ז ע"ב) לפלוגתא דמקלת כסף ככל כסף · והקשה בתוס' כתובות שם ד"ה בתולה שלמה משמע קשה לרבי אמאי איצטריך למיכתב גבי קנס נערה למעוטי בוגרת תיפוק ליה דבתולה שלמה משמע וכו' עכ"ל ונראה לפי עניית דעתו לתרץ קושית התוס' דגרסינן בירושלמי פרק אלו נערות הל' ט' רבי יעקב בר בא בעא קומי רב הבא על הקטנה מהו אמר ליה בסקילה הבא על הבוגרת מהו אמר ליה אני הקרא נערה ולא בוגרת הקרא נערה ולא קטנה · אמר ליה ולית את מודי לי שהיא בקנס תחת אשר עינה לרבות את הקטנה לקנס וקרא תחת אשר עינה לרבות את הבוגרת לקנס וכו' עכ"ל הירושלמי · ומבואר עוד שם בירושלמי תירוץ אמאי היו מחייבין סקילה הבא על הקטנה אף על גב דבא על הבוגרת לאו בר סקילה הוא ומחמת כי לא רציתי להאריך לכן לא העתקתיו כי יש שם אריכות דברים והשתא ניחא הא דמצרכינן נערה למעוטי בוגרת מקנס אע"ג דבתולה שלמה משמע מ"מ הוה אמינא דחייב מתחת אשר עינה כמבואר בירושלמי לכן איצטריך למכתב נערה למעוטי בוגרת מקנס · ומירושלמי הנ"ל ניחא ג"כ קושית התוס' השניה שהקשו שם וז"ל ועוד קשה מהא דאמר גבי נערה המאורסה באו עליה עשרה ועדיין היא בתולה כולן היו בסקילה · ואמאי והא כתיב בתולה דמשמע שלמה למעט שלא כדרכה ואפילו רבי לא פליג אהאי טעמא דבתולה שלמה משמע ואמרינן נמי בקדושין מודה רבי לענין קנס דכולהו משלמי ואמאי הא כתיב ביה בתולה ומאי יש לומר וכו' עכ"ל · ויש לתרץ דלענין קנס מרבינן דבאו עליה עשרה ועדיין היא בתולה דכולהו משלמין מהאי קרא תחת אשר עינה כמו דרבה הירושלמי לרבות מתחת אשר עינה קטנה ובוגרות ומה שכולן היו חייבין בסקילה ג"כ מבואר בירושלמי כיון דמרבינן דמחוייבין קנס היו חייבין נמי סקילה כן נלפע"ד ליישב קושית התוס' :

פרח י אות ח

הדרן לענינינו מה שכתבנו לעיל בשם ההוות דעת הא דאמרינן בסוטה (דף כ"ט) רב גידל רמי כתיב הבשר אשר יגע בכל טמא לא יאכל ודאי הוא דלא יאכל הא ספק יאכל וכו' דלאו משום דאית ליה יתורי' דקרא אמר רב גידל הכי אלא לישנא דקרא משמעותי' על הודאי ולא על הספק ע"כ · וכתבתי לעיל סמוכים לזאת הסברא ואחד מהם דמצינו גבי מעשר דאמרינן בבבא מציעא ובבכורות העשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק הוא ג"כ משמעותי' דקרא ולאו מיתוריה · אך כעת ראיתי שכתב בנו של הגאון בעל נוב"י במהדורא תנינא סימן קל"ה בחלק יו"ד דמדכתב רחמנא העשירי יהיה קודש דמיותר הה' והיו"ד דהוה ליה לכתוב עשר ולכן תרתי שמעת מיניה אחד עשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק שנית שמעינן הא דאמרינן בזבחים (דף ע' ע"א) עשירי זה מעשר ואין אחר מעשר למעט דאם שחט מותר הפסח לשם מעשר דלא להוי כמעשר ע"כ תוכן דברי' ·

ולפי

ולפי דעתי לא נראה לי דבריו דהא אמרינן בבכורות (דף כ"ח ע"ב) תנו רבנן וכו' תחת השבט מלוה למנותה בשבט לא מנאן בשבט או שמנאן רבוצים או עומדים מניין ת"ל עבירי קודש מ"מ וכו' עכ"ל הגמרא · וקרא דיהיה קודש דמשמע נמי דיהיה קודש מ"מ מפיק הגמרא לדרשא אחרינא באותה הברייתא ללא קרא שמיה עשירי וכן (בדף מ"ט ע"א) אין לי אלא בקרא שמיה עשירי לא קרא שמיה עשירי מניין ת"ל עשירי קודש אף דבברייתא הזאת מפיק לה מעשירי קודש מ"מ בודאי יליף לה מיהיה קודש · דהא הזינן בברייתא שהביא הגמרא לעיל מזה שלמד מעשירי קודש דולג תיבת יהיה שנכתב בין עשירי ובין קודש אך מה שילפינן בהברייתא הזאת דאף אם לא קרא שמיה עשירי ג"כ קדוש וזה יליף לה מיהיה קודש לפי זה מה שמבואר בברייתא אחרונה דיליף לה מעשירי קודש · דאפילו לא קרא שמיה עשירי ג"כ קדוש ג"כ מיהיה קודש ילפינן לה · דאין סברא שיחלוקו שני הברייתות בזה והדין דלא מנאם או שמנאם רבוצים וכו' ילפינן לה מעשירי ולא מיהיה קודש דאי מיהיה קודש ילפינן לה למה דילג תיבת יהיה כמו דאיתא בסוף הברייתא ת"ל יהיה קודש מ"מ וכו' על הדין האחרון · אלא ודאי דכך דרשא דלא מנאם או שמנאם רבוצים וכו' מעשירי ילפינן להו · ולפי דברי בנו של בעל נודע ביהודה לא מיותר רק ה' וי' ולא שמעינן מיניה רק תרתי דרשות והגמרא דורש תלתא דרשות אלא ודאי דילפינן כל השלשה דרשות ממשמעותיה דעשירי ולא מיתורי' וכתבתי זאת לעיל דלא תיקשי דהא בקדושין (דף ע"ג ע"א) מצריכינן קרא מיותר דודאי ממזר הוא דלא יבא בקהל הא ספק ממזר יבא ולא ילפינן ממשמעותיה דלא יבא ממזר דדוקא ודאי ממזר הבאתי לעיל שמצינו בכמה מקומות בגמרא שבמקום אחד משמע ליה לדרוש משמעותיה דקרא ובמקום אחד לא משמע ליה לדרוש משמעותיה דקרא והבאתי לעיל בשם התוס' כמה וכמה סוגית מבונים זה מזה בענינים כאלו · ובזה יהיה ניחא התירוץ של אסיפת זקנים שהביא הכו"פ ביו"ד סימן ק"י ס"ק י"ג בתירץ האסיפת זקנים על מה שהקשו התוס' בב"מ בסוגיא דהקפו כהן דקפץ אחד מן המנוין לתוכו פטור מן המעשר אמאי פטור מן המעשר נכבשינהו דנוידי · ונימא כל דפריש מרובא פריש · ותירץ בס' הנ"ל בשם הרא"ש דהא דכל דפריש מרובא פריש לאו ודאי הוא ומידי ספיקא לא נפקא דאולי לא קא פריש רק התורה התירה זה הספק מבלי להסור וא"כ דספק הוא לא שייך במעשר מרובא קא פריש והייבא במעשר דמעשר ודאי אמר רחמנא ולא מעשר ספק עכ"ל וזה שנים רבות ראיתי שהקשה על זאת הסברא מהא דאמרינן בקידושין (דף ע"ג ע"א) אמר רבא דבר תורה שתוקי כשר מ"ט רוב כשרים אצלה ומיעוט פסולים אצלה ואי אזלי איהו לגבה כל דפריש מרובא פריש ואי אתרת דילמא אזלה איהו לגבייהו הוה ליה קבוע וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי והתורה אמרה לא יבא ממזר ממזר ודאי הוא דלא יבא הא ממזר ספק יבא כו' עכ"ל הגמרא ולפי דברי אסיפת זקנים בשם הרא"ש מאי צריך רבא לומר הטעם דדבר תורה שתוקי כשר משום דרוב כשרים אצלה וכל דפריש וכו' הא אפילו אם הוה פסולים אצלה ג"כ כשר הולד דהא גבי מעשר דאמרה התורה עשירי ודאי כו' ממעט אפילו אם יהיה הרוב באינם מעושרים ואפילו הכי פטור ממעשר משום דיש לכה"פ אחד בתוכם שהוא מעושר מכש"כ גבי ממזר כיון דהמיעוט כשרים אצלה אינו ממזר ודאי דהרוב אינו חשיב כודאי · ולפי דברינו ניחא דבשלמא גבי מעשר הא דאמרינן גבי מעשר עשירי ודאי דוקא הוא רק ממשמעותיה דקרא ילפינן זאת וכיון דסובר הרא"ש מילוני"ל הא דאזלינן בתר רובא אינו מטעם ודאי אלא דהתורה התירה ספק כזאת וא"כ גבי מעשר דממשמעותיה דקרא דבעינן עשירי ודאי אינו מועיל שם רובא כיון דהוא ג"כ ספק · אבל מה שאמרינן גבי ממזר ממזר ודאי הוא דלא יבא הא ספק ממזר יבא הוא משום דמצרכינן יתוריה דקרא לכך כדכתבינן לעיל אבל בלא יתוריה דקרא הוה אמרינן אפילו ספק ממזר לא יבא · די לנו אם מוקמינן היתורי' דקרא רק על ספק ממזר · דיבא · אבל מנין לנו לאוקמי היתוריה דקרא גם אם רוב פסולים אצלה דמלד הרוב הוא ממזר כיון דבכל מקום רוב עדיפא ממחצה על מחצה לכן מוקמינן היתורי' דקרא דגבי ממזר על מה שיש סברא יותר להתיר :

וכיון דעפיתי המוכים לסברת הח"ד הנ"ל מאסיפת זקנים הנ"ל שלפי דברי הח"ד יהיו ניחא דברי אסיפת זקנים · לכן לפי הנראה הוא סברא נכונה · לכן הקרא דיליף רב גידל ר"א דיש בו דעת לישאל טמא אף ברה"ר · כמו שמבואר בסוטה לכן מצרכינן הלכתא מסוטה לעשר ברשות הרבים · נמצא לפ"ז סתמא דגמרא דסוטה אזלא אליביה דרבא וסתמא דגמרא דריש נדה אזלא אליביה דאביי ומוקמינן סתמא דגמרא נגד סתמא דגמרא ואהדרינן לכללא דאביי ורבא הלכתא כוותיה דרבא · וכ"ת כיון דלפי דברינו לא יליף רב שימי ואביי החילוק בין דבר שיש בו דעת לשאול ובין דבר שאין בו דעת לשאול מקרא רק ילפינן זאת מסוטה ואי ילפינן זאת מסוטה הוה אמינא עד דאיכא דעת נוגע ומגיע כדאיתא בסוטה שם · ולהכי הוצרך רב גידל אמר רב לילף מקרא · ויש לומר דאביי ורב שימי סוברים דלא ילפינן מסוטה שיהיה דומיא כפי המעשה המבואר בתורה דשם היה רצון הבועל והנבעלת רק בעינן דומיא דסוטה כפי עיקר הדין שיש בסוטה דאם היה שם רק דעת הנבעלת לחוד בלא דעת הבועל כגון שהיה ישן ונתקשה כשהוא ישן או בנתקע כמבואר ביבמות (דף נ"ג ע"ב) (ובדף נ"ד ע"א) עיי"ש ג"כ מיתסרה לבעלה · וכיון דאוסף זה בסוטה אסורה לבעלה ג"כ הדין בטומאה שאם היה דעת נוגע לחוד או דעת מגיע לחוד ג"כ טמא כמו בסוטה דלא בעינן דעת שניהם מלד הדין · אבל רב גידל אמר רב ורבא וסתמא דגמרא דסוטה סבירא להו דאי ילפינן זאת מסוטה הוה אמינא דבעינן דעת נוגע ומגיע כדומיא בסוטה המבואר בתורה שבשם היה דעת הבועל והנבעלת כדכתיב ושכב איש אותה וגו' לכן הוה אמינא דגם בטומאה בעינן דעת נוגע ומגיע דומיא דמעשה דסוטה המבואר בתורה · ולהכי איצטריך רב גידל אמר רב ורבא למילף מקרא דיש חילוק בין דבר שיש בו דעת לשאול ובין דבר שאין בו דעת לשאול ולא דעת נוגע ומגיע · נחזור לענינו דהלכה כרבא ולרבא לא קביא הביות אמקום מתרי טעמי · חדא דנוכל לומר דמקום אתיא אף כר' שמעון אף דר' שמעון סובר דהיכא דיש תרתי לריעותא הוה ספק אי מחזקינן למפרע בכל זאת טמאים הטהרות אף ברשות הרבים כיון דלרבא לא ידעינן זאת מסברא דספק טומאה ברשות הרבים טהור ואדרבה הוה אמינא מהקרא והבשר אשר יגע בכל טמא דטמא אף ברשות הרבים כמבואר בסוטה ולא ידעינן דטהור רק משום דילפינן הלכתא מסוטה דבעינן דומיא דסוטה דדוקא ברשות היחיד ספיקא טמא אבל ברשות הרבים ספיקו טהור ובסוטה הלדדים שקולים ולהכי טהור ברשות הרבים · אבל גבי מקוה דיש תרתי לריעותא הלד דטומאה יותר גדול מלד דטהור דהלד דטמא יש תרתי לריעותא היינו בתי חזקות והלד דטהור אין בה רק חדא חזקה לא ילפינן זאת מסוטה אלא מטמאינן לה כמו שהבאתי נשיל ראיה מדברי התוס' עיי"ש כי יש בה אריכות קצת · ולהכי לא קביא מהביות אף דשם מבואר דהיכא דיש תרתי לריעותא הוה ספק טבל ולא ודאי · דהתרומה לא ילפינן מסוטה דלא יש הילכתא · ממילא דלרבא לא קביא הביות אמקום דמקוה יש תרתי לריעותא כמבואר כרים נדה אבל גבי הביות ליכא תרתי לריעותא דחדא מהנך ריעותות הוא העמד טבל על חזקתו וזה לא מיקרי חזקה לרבא כמבואר בפסחים [illegible] אליביה דרבא דמלי למיעבד כרבי אושעיה ואליביה דר' אושעיה בודאי לא מיקרי חזקה כדהבאתי לעיל יתוס' בכורות עיין לעיל באריכות קצת · ולכן גבי הביות לא הוי רק ספק טבל כיון דליכא תרתי לריעותא אבל גבי מקוה דאיכא תרתי לריעותא נוכל לימר דודאי טמא · וכ"ת כיון דגבי הביות ליכא תרתי לריעותא קשה אמאי מבואר שם דספק טבל הוא הא בודאי חולין דהעמד יין על חזקתו והבאתא

הוא דהחמיץ כי בכל מקום לא אזלינן בתר חזקה דהשתא · רק אזלינן בתר חזקה דמעיקרא אלא ודאי איירי בברייתא דחביות דראה פני הבית כשנגמרה מלאכתה לפיכך יש חזקת טבל נגד חזקת יין ומשום הכי פריך הגמרא שפיר חביות אמקוה דגבי חביות תרתי לריעותא · י"ל דילמא איירי בברייתא דחביות שלא ידוע לנו אם ראה פני הבית אם לא ואפ"ה הוה ספק משום דכתבו התוס' בפסחים (דף ט' ע"א) ד"ה אם תמצי לומר בו' וי"ל כו' א"נ אימר אכלתיה עדיף מספק ספיקות דספק הרגיל הוא וקרוב לודאי ותדע דאפילו מידי ודאי בעי למימר שיוציא זה הספק עכ"ל וה"נ גבי חבר שמת דבעי למימר מעיקרא דספקא מוציא מידי ודאי טבל מוכרחים אנו ג"כ לומר דספק הרגיל הוא דקרוב לודאי הוא דודאי עשרן החבר ועיין ברש"י על הא דמשני הגמרא התם ודאי וודאי הוא פירוש רש"י ע"ז וז"ל כי היכא דפשיטא לן דטבלי מעיקרא ה"נ פשיטא דעשרינהו ואין גימגום והולך אחר הרוב בדבר · אלא חזקה ודאי על כל החבירים עכ"ל · משמע דבתחלה בהשקפה סלקא דעתיה דרק רוב חברים מעשרים משו"ה מוציא מידי ודאי טבל ובודאי דאין כונת רש"י דרוב גמור הוא דא"כ לא היה מקשה כלל דרוב הוה ג"כ ודאי כמבואר בנדה (דף י"ח ע"א) אמר רבי יוחנן בשלשה מקומות הלכו חכמים אחר הרוב ועשאוהו כודאי ואמרינן שם בגמרא ע"ב למעוטי מאי אלימא למעוטי רובא דאיכא חזקה בהדיה פירש"י שם על זה היכא דאיכא חזקה נגד הרוב שם לא עשאוהו כודאי כו' אלא למעוטי רובא דרבי יהודא ופירוש רש"י בסוגיא שם דדוקא בטומאת אשה בשלשה מקומות הולכין אחר הרוב אבל בשאר מקומות הוה רוב כודאי · הכי גמר רבי יוחנן מרביה עי"ש ברש"י ובתוס' בכל הסוגיא ותמצא כי כן הוא כי קצרתי · וביחוד בתוס' בד"ה הא אמר רבי יוחנן וכו' · אלא ודאי דכונת רש"י דהוה כעין רוב ופירושו דהוה כמו ספק הרגיל המבואר בתוס' וכשמשני התם ואי בעית אימא ספק וספק הוא דילמא מעיקרא אימר דלא טבילו כרבי אושעיה כו' פירושו ג"כ דהוה רק ספק הרגיל דהוה טבל אבל לא ודאי טבל ואתא ספק הרגיל דחבר עישרן ומוציא מידי ספק הרגיל דהוא טבל דכללן הגמרא שניהם ביחד בלשון ספק משמע כמו שהפירוש בספק שעישרן החבר פירושו דהוה ספק הרגיל כמו כן הספק השני גבי טבל הוה ג"כ ספק הרגיל דהוה טבל רק דנשאר קצת ספק דאימר לא טבילו כדרבי אושעיה משו"ה ניחא גבי חביות דלאחר שלשה ימים הוה ספק טבל ולא מוקמינן לה אחזקת שהיה יין מתחילה ויהיה ודאי חולין משום דמצרפינן הספק הרגיל דהוא טבל דהוא ספק הרגיל וקרוב לודאי כמו שכתבו התוס' בפסחים שם לחזקה דהשתא דהרי החמיץ לפניך נגד חזקת יין שהיה מתחילה לכן הוה ספק טבל ולכן ניחא דברי הרמב"ם אף שפסק בהל' תרומות לאחר שלשה ימים הוה ספק וגבי מקוה פסק דטמאות אף ברה"ר משום דפסק כרבא דהלכתא כמותו נגד אביי כדכתבתי לעיל · ואליביה דרבא לא קשה כלל חביות אמקוה (וקצרתי בזה הענין כי כבר האריכו רבים מן האחרונים בזה הענין · ובפרט כי אין הספרים בידי רק כדי למלאות רצון המעיין כתבתי קצת מה שאני צריך לענין שהתחלנו) ולפי דברי זה אין מהרמב"ם שום הכרע אם פוסק כרבי שמעון או כרבנן דמאי דפסק גבי מקוה דטמאות ברה"ר אין ראיה דפסק כרבנן דהיכא דאיכא תרתי לריעותא משווינן כודאי למפרע דהא אליביה דרבא יש טעם אחר במקוה דטמאות ברה"ר משום דלא דמי לסוטה דסוטה הוה הצדדים שקולים לכן בעינן גבי ספק טומאה ברה"ר ג"כ צדדים שקולים · אבל גבי מקוה דיש תרתי לריעותא אין הצדדים שקולים כמו שכתבתי למעלה לכן טמאות אף ברה"ר אבל לא מטעם דהיכא דאיכא תרתי לריעותא מחשבינן כודאי · וגם גבי חביות דפסק דספק טבל הוא אין ראיה דפוסק כר"ש דסובר דהיכא דיש תרתי לריעותא הוה רק ספק למפרע דהא כבר כתבתי דהרמב"ם פוסק כרבא ואליביה דרבא ליכא גבי חביות תרתי לריעותא והטעם דהוה ספק כתבתי למעלה :

פרח י אות ט

אחרי כתבי זאת הגיע ד' לידי ספר בעל ישועות יעקב על או"ח ונדפס שם תשובה בסוף סימן תרמ"ה וזה תורף דבריו שעלה על דעתו שלדעת רש"י בע"א (דף כ"ט ע"א) דילדה שהרכיבה בזקנה מותר מטעם זה וזה גורם · כהרים אתרוגים המורכבים אך לפי דברי התוס' שם שכתבו דילדה שהרכיבה בזקנה דמותרת מטעם ביטול קאתינן עלה דבטילה יניקתה בהזקנה לפ"ז אם היתה איפכא דאם הרכיבה זקנה בילדה בטלה יניקת הזקנה בילדה ואסורה משום דעיקר הגורם הוא האילן וענף טפל לו ולא הוי אלא גורם אחד · ולפ"ז היכא שלקח הענף מאתרוג והרכיב בלימו"ן פסל האתרוג דהכא נתבטל יניקת האתרוג בתוך הלימו"ן דהולכין אחר העיקר גורם דהיינו האילן ואין הולכין אחר הענף כלל · אבל לדעת רש"י דלמ"ד זה וזה גורם אסור הכא ג"כ אסור דאין הולכין אחר האילן לבד כי גם הענף נחשב לו כגורם לכן מותרת רק למ"ד זה וזה גורם מותר · לפ"ז ידעינן אפכא היכא שהרכיב זקנה בילדה דמותר מטעם זה וזה גורם דגם הענף נחשב לו כגורם לפ"ז יוצאין באתרוג המורכב שנטל יחור מאילן אתרוג והרכיב בלימו"ן דכיון שפירי זו יש לה שני גורמים מותר · ואח"כ כתב דגם לדעת התוס' ודעמם אם היחור היתר והאילן אסור חשוב זה וזה גורם ומותר · וראיה לזה מדברי הרמב"ן ז"ל בחידושיו לע"א שכתב בשם רש"י ז"ל דהא דאמרינן בר"ה (דף ט') דמורכב חייב בערלה איירי ע"כ כגון שהרכיב בילדה ואשמועינן דאף פירות שבאותו יחור אסורים וחייבים בערלה אף שנטלה מזקנה דהוה ליה ילדה דהרכבתו זהו נטיעתו · והנה הרמב"ן ז"ל הוא מהחולקים על רש"י ז"ל וס"ל דהא דאמרינן ילדה שהרכיבה בזקנה בטלה אינו מטעם זה וזה גורם רק מטעם ביטול וכדעת התוס' ועיין דבריו שם וא"כ א"כ דלדעה זו יחור היתר באילן אסור ל"ח זה וזה גורם ואף למ"ד זה וזה גורם מותר אסור בזה ומשום דבכל מקום אזלינן רק בתר האילן שהוא העיקר וכנ"ל · א"כ מה הוכיח הרמב"ן לומר מהך דמרכיב חייב בערלה מטעם דהרכבתו זה נטיעתו הרי בלא"ה כיון דע"כ איירי שהרכיב בילדה דבזקנה בטלה א"כ בלא זה דהוה ליה נטיעה חדשה חייב בערלה משום דאף זה הענף הוא היתר מכל מקום כיון שהאילן הוא איסור חייב דבטל לגבי אילן ושדי כופו בתר עיקרו וכנ"ל דהאילן הוא העיקר והענף טפל אלא ודאי שגם לדעה זו היכא שהענף היתר אף שהאילן אסור מותר מטעם זה וזה גורם ושפיר אנו צריכין לומר שגם הענף עצמו אף שהוא מזקנה חשוב איסור כיון שנוטעו מחדש עכ"ל · איני מבין את דבריו כלל וכלל דבהדיא כתב הרמב"ן בחידושיו בר"ה (דף י') ד"ה ופירוש וכו' לאחר שהביא הסוגיא דסוטה (דף מ"ג) הך דילדה שהרכיבה בזקנה וז"ל שם ומהך סוגיא שמעינן דכל מקום שהזכירו הרכבה לעשות כנטיעה לערלה ולרבעי אינן אלא כשהרכיב יחור של מאכל בילדה שנטע לסייג ולקורות ודעתו על ההרכבה שתהא למאכל בין שהוא לקורות שמונין להרכבה זו משעת נטיעה אם כן לפ"ז לא מוכח מדברי הרמב"ן דס"ל שאם נטל יחור מזקנה והרכיב בילדה דמטעם זה וזה גורם הוא מותר · אך מחמת שהוא נעשה כנטיעה חדשה דהרכבתו הוא נטיעתו היא אסורה כמו שכתב הא"כ הוא בעצמו · אך נ"ל להוכיח דגם לפירוש הרמב"ן שהבאתיו לעיל ג"כ מוכח דס"ל דגם הענף נחשב גורם כמו האילן דאל"כ למה לא פירש דהא דהזכירו דחייבים בערלה איירי ג"כ כשהרכיב יחור של זקנה בילדה דחייבת בערלה דהענף אינו נחשב לגורם כלל · ומלשון רמב"ן מוכח דלא משכחינן דחייבת בערלה אלא כשהרכיב יחור של מאכל באילן שנטע לסייג ולקורות דכתב דבכל מקום שהזכירו הרכבה וכו' לערלה וכו' אינם אלא כשהרכיב יחור של מאכל באילן שנטע לסייג וכו' כדהבאתי לשונו לעיל דמשמע דוקא כי האי גונא משכחינן דחייבת בערלה ולא באופן אחר אלא ודאי

דס"ל

דס"ל היכא דהרכיב ענף מזקנה היתה מותרת מטעם זה וזה גורם ומשום זה פירש דוקא כשהרכיב באילן שנטע לסייג ולקורות והיחור ג"כ ילדה והוא של מאכל כדכתב בסוף דבריו וכי מתרץ נמי במרכיב ילדה בילדה שלסייג ולקורות לכו"ע הוא ואפילו לרבי יוסי דאי מימלך עלה מלי לאהדורי וכיון שכן החיוב מוסף את הפטור שאפשר לעשות כמוהו וליכא זו"ג כלל · דמה שכתב שם דאם הרמב"ן מיירי כשהרכיב באילן שנטע לסייג ולקורות דלא קשה למה לא פירש הרמב"ן כפשטי' כשהרכיב ילדה דמשמע ליה מהא דאמרינן אחד הנוטע ואחד המבריך ואחד המרכיב כו' דמשמע דבכל מקום מרכיב חייב משום דהל' כנוטע · ודומיא דמבריך דמטעם דה"ל כנוטע · ולפי עניית דעתי גם זה אינו · דדבריו הוא על הברייתא דראש השנה (דף ט' ע"ב) דשם איתא ת"ר אחד הנוטע ואחד המבריך ואחד המרכיב ערב שביעית שלשים יום לפני ראש השנה עלתה לו שנה ומותר לקיימן בשביעית פחות משלשים יום לפני ראש השנה לא עלתה לו שנה ואסור לקיימן בשביעית ופירות נטיעה זו אסורין עד ט"ו בשבט אם לערלה ערלה ואם לרבעי רבעי עכ"ל הגמרא כו' ומאי דאסורה בשביעית אם נטע פחות משלשים יום לפני ר"ה כתב הרמב"ן בר"ה שם · א"נ שביעית בכל הרכבה אוסרת אפילו ילדה בזקנה דטפי מחברוי אילנא הוא עכ"ל הרמב"ן נמצא דלפ"ז דנה שאסורה אם פחות מל' יום לפני ר"ה אינה הטעם מחמת שנעשה כנטיעה חדשה בהרכבה זו והברייתא פתח תחילה באיסור שביעית וע"ז אמרה הברייתא אחד הנוטע ואחד המבריך ואחד המרכיב וכו' לפ"ז לא נוכל לומר דהטעם דהרכבה אסורה מפני שביעית משום שמתוך שנעשה כנטיעה חדשה בהרכבה זו דומיא דנוטע דהא בשביעית אינו אסורה מטעם זה כמו שכתב הרמב"ן בעצמו · לפ"ז מאי דמסיק הברייתא שם דאם הבריך פחות משלשים יום לפני ר"ה אסורה אם לערלה ערלה ואם לרבעי רבעי ג"כ אינו הטעם משום דנעשה נטיעה חדשה בהרכבה זו דומיא דנוטע · דהא מתחילת הברייתא מוכח דאיסור מן הרכבה לא הוה דומיא דאיסור הנטיעה ומה שכתב הרמב"ן בחידושיו לע"ז דהא דאמרינן (בר"ה דף ט') דמורכב חייב בערלה מיירי ע"כ כגון שהרכיב בילדה וכו' הוא לדעת רש"י כמו שהביא לשונו הגאון שם שהפירוש הזה הוא בשם רש"י ובחידושיו לר"ה נראה שאינו מפרש כפירוש רש"י כי השיג על דברי רש"י וחידושי הרמב"ן לע"ז אינו תחת ידי :

ומה שהביא שם ראיה מדברי התוס' מנחות (דף ס"ט ע"ב) ד"ה דאמר וכו' התוס' הקשו ג"כ לפי שיטת רש"י עיין שם בדבריהם שכן כתבו התוס' בהדיא אבל לפי שיטתם לא הקשו כלל. ולפ"ז אין מהתוס' ראיה לדבריו ומה שהשיג על הר"ן שכתב בע"א גם אהא דאמרינן בסוטה דף הנ"ל כגון שהרכבה בילדה שנטעה לסייג ולקורות דמשום הראשונה אינו חוזר מעורכי המלחמה ומ"מ לא בטלה בה ילדה שניה שהרכיב בה משום דאם מימלך על הראשונה בר מיהדר הוא · דהיינו טעמא דכיון דילדה שהרכבה בזקנה מטעם ביטול הוא דזה וזה גורם מטעם ביטול קאתינן עלה וזה לא שייך רק כשהרכיב בזקנה דאי אפשר לה להיות איסור כמותן אבל בילדה שנטעה לסייג ולקורות כיון שאפשר לה להיות גם היא חייבת בערלה כגון שנמלך עליה אינו יכול לבטל הילדה שהרכיב בה וכדאמרינן במנחות נבילה בטלה בשחוטה בא"א לשחוטה שתעשה נבילה ושחוטה אינה בטילה בנבילה שאפשר לנבילה שתעשה שחוטה כשתסרח עיין בדבריו וכתב ע"ז שדברי הר"ן תמוהים מאד דהרי כולה מילתא דמנחות דנבילה בטלה בשחוטה ושחוטה אינה בטילה בנבילה משום דבעינן לענין ביטול שלא יהיה אפשר למבטל להיות כבטל אליביה דרבי יהודה דס"ל מין במינו לא בטיל וכל היכא דאפשר למבטל להיות כבטל הוה ליה מין במינו אבל לדידן דס"ל מין במינו בטל אין נפקא מינה מזה כלל עי"ש היטיב · וכבר השיג בזה הרמב"ם ז"ל פרק א' מהל' אבות הטומאה והראב"ד עיין בדבריו · לפי עניית דעתי דברי הר"ן נכונים בטעמם. דאזיל לשיטתיה שכתב בפרק הנודר מן המבושל (דף נ"ב) וזה תורף תירוצו דהטעם דדבר שיש לו מתירין לא בטל דחזינן לר' יהודה דס"ל מין במינו באיסור והיתר לא בטל. ויליף לה מדכתיב ולקח מדם הפר ומדם השעיר שאע"פ שדם הפר מרובה משל השעיר קרא ליה דם השעיר אלמא לא בטל משום דמין במינו הוא לפי שכל דבר שהוא דומה לחבירו אינו מחלישו אדרבה מחזיקו. ורבנן לא ילפי מזה לאיסור דבשלמא דם פר ושעיר שניהם כשרים לזריקה מה שאין כן באיסור והיתר אע"פ שהם מין אחד מ"מ חלוקים הם שזה אסור וזה מותר ע"כ הוה ליה כאינו מינו · ומשו"ה אמרינן ביש לו מתירין דהוה דומיא דדם פר ושעיר דהא אין כאן חילוק בין איסור להיתר שהרי גם האיסור סופו להיות מותר וזה הוא מין במינו כההיא דדם פר ושעיר · מה שאין כן מין בשאינו מינו אע"פ שמצד האיסור יש להם שיווי בדבר היש לו מתירין מ"מ יש ביניהם חילוק גדול במה שזה מין אחר ע"כ הם בטלים זה בזה. זה הוא כוונתו שם אע"פ שאין זה לשונו · לפ"ז אף לרבנן דס"ל מין במינו בטל מ"מ היכא שהרכיב יחור של מאכל באילן שנטע לסייג ולקורות דאינה בטילה יניקת היחור באילן דכיון שגם האילן אם נמלך שיהיה למאכל ג"כ חייבת בערלה לכן אין שום חילוק ביניהם משום דבעצם הוא מין במינו וגם יכול להיות שיהיה דיניהם שוה שיהיה שניהם הן היחור והן האילן שנטע לסייג ולקורות אם יהיה נמלך על האילן לאוכלו · ולכן אף לרבנן לא בטל אע"פ דלטעם הר"ן הא דלא בטל דבר שיש לו מתירין הוא רק מדרבנן לרבנן דפליגי עליה דרבי יהודה דהתם אינו יכול להיות דיניהם שוים מיד רק לאחר זמן היינו בביצה שנולדה ביו"ט דאין לה היתר רק לאחר יו"ט אבל ביו"ט אי אפשר שיהיה מותרת לכן בטלה היא ביו"ט דביו"ט אין דיניהם שוה דזה איסור וזה היתר משום הכי מן התורה בטל · מה שאין כן הכא שיהיה דיניהם שוים מיד שימלך עליה תיכף שיהיה לאכילה האילן שנטע לסייג ולקורות ויהיה חייב בערלה לכן אינו בטל היחור של מאכל שהרכיב באילן שנטע לסייג ולקורות אף מדאורייתא כיון דיכול להיות שיהיה דיניהם שוים היחור והאילן שיהיה חייבים בערלה תיכף ומיד · והא דנדרים ג"כ דבר שיש לו מתירין משום דיכול לאיתשולי עליהו והכא ג"כ דיכול להיות דמותר מיד ואעפ"כ נראה דלא אסור ולא בטל רק מדרבנן מ"מ לא דמי להך דאילן שנטע לסייג ולקורות דהתם אין תלוי בדעת אחרים אלא הוא בידו ובכל עת שירצה וימלך עליו לאכילה יהיה חייבת בערלה כמו היחור שהרכיבו אבל גבי נדרים וכן גבי הקדש תלוי בדעת אחרים שיתירו לו וכן גבי מעשר שני דנקרא דבר שיש לו מתירין משום דיכול להעלתו בירושלים אף אם רחוק פסיעה אחת מ"מ אין בידו כל כך דאולי לא יכול להעלותו מאיזה סיבה · וכן גבי טבל דנקרא דבר שיש לו מתירין דוקא היכא דבעלים בעיר וגם יש לו טבל אחרים שיפריש על הטבל שנתערב במקום אחר עיין בתוס' (ע"א דף ע"ג) ד"ה טבל וכו' והר"ן שם · והתם יכול להיות שיהיה מותרין מיד בלא שום מניעה וגם אינו תלוי בדעת אחרים מ"מ נ"ל דלא נקרא מין במינו לרבנן דס"ל היכא דשוים דיניהם כגון דשניהם אסורין או שניהם מותרים נקרא מין במינו כיון דאין יכול להיות תמיד שיהיה דיניהם שוין כגון אם לא היו הבעלים בעיר או שאין לו טבל במקום אחר בזה האופן לא יכול להיות דיניהם שוין לכן אינו נקרא מין במינו לרבנן · אבל הכא כשהרכיב יחור של מאכל באילן שנטע לסייג ולקורות דהתם בכל עת ובתמידות יכול להיות שיהיה דיניהם שוה שאף אם הבעלים במקום אחר יכול לחשוב שם ואין שום מניעה שיעכב על ידו לכן אינו בטל לרבנן אף מן התורה · אבל התם מן התורה בטל דבאמת נקרא מין בשאינו מינו רק דחכמים החמירו כיון שיש איזו צד שיכול להיות שיהיה דיניהם שוים החמירו דלא בטיל · וכל מה שכתבנו הוא לרב אבדא דסבירא ליה (במנחות כ"ג) נבילה בטילה בשחוטה בא"

אפשר לשחוטה שתעשה נבילה ושחוטה אינה בטילה בנבילה שאפשר לנבילה שתעשה שחוטה דלכי מסרחה פרחה טומאתה עכ"ל הגמרא וכיון דלרב חסדא דקיי"ל כוותיה כמו שפסק הרמב"ם שאביא בס"ד לקמן דאזלינן בתר המבטל והואיל ואי אפשר להמרובה להיות כמיעוט הוה כמין בשאינו מינו ולא אזלינן בתר בטול דאע"ג דאפשר למיעוט להיות כמרובה הוי כמין בשאינו מינו שילבך בשאר דברים שיש לו מתירין דאינו בטל רק מדרבנן אבל מן התורה בטל דהתם הבטיל יכול להיות כהמבטל דהיינו המיעוט יכול להיות כמרובה אבל המבטל היינו המרובה אינו יכול להיות כהך בטל דהיינו מיעוט לכן הוא בטל מן התורה רק דהחכמים החמירו ואמרו דלא בטיל אבל הכא שהרכיב יחור של מאכל בתוך אילן שנטע לסייג ולקורות אינה בטילה היחור של מאכל ביניקת האילן שנטע לסייג ולקורות דהא הכא המבטל דהיינו המרובה יכול להיות שיהיה חייב בערלה כמו הבטיל דהיינו מיעוט לכן הוה מין במינו ואינה בטילה אף מן התורה · ומה שכתב הר"ן בס"פ כל הצלמים הוא אליביה דרב חסדא כמפורש בהדיא בדבריו שם · ונראה שדעתו הא דמשני רבי ירמיה לעולם ילדה בילדה וכגון דנטע להך קמייתא לסייג ולקורות דתנן הנוטע לסייג ולקורות פטור מן הערלה ומאי שנא ילדה בזקנה דבטלה ומאי שנא ילדה בילדה דלא בטלה התם אי מימלך עליה לאו בת מיהדר היא דהא מעיקרא לפירות קיימא מידי דהוה אעלו מאליהן כו' הך תירוצא הוא אליביה דרב חסדא אבל לר' חנינא במנחות שם דאזיל בתר בטיל צריכים אנו לתרץ בדרך אחר ולפי דעתי נראה מדברי הר"ן בעליל זה דהך דמשני רבי ירמיה הוא אליביה דרב חסדא :

ולפי דברינו מתורץ קושית הראב"ד על הרמב"ם שפסק בהלכות אבות הטומאה הלכה י"ז נבילה שנתערבה בשחוטה אם רוב מן השחוטה בטלה הנבילה בשחוטה ואין הכל מטמא במגע אבל אם נשא הכל נטמא שאי אפשר לשחוטה שתחזור נבילה אבל הנבילה אפשר שתטהר כשתסרח לפיכך תבטל עכ"ל הרמב"ם וכתב ע"ז הראב"ד אמר אברהם חסרון דעת אני רואה בכאן דהולא מילתא במנחות אליביה דר"י היא דאמר מין במינו לא בטיל ואיכא מ"ד דבתר המבטל אזלינן דאי לא אפשר למבטל דהוה כבטל הוי מין בשאינו מינו ומבטל לה · ומשו"ה נבילה בשחוטה דלא אפשר לשחוטה שהוא המבטל להיות כנבילה לטומאה ואף על פי שהנבילה יוצאה מידי טומאה על ידי מסרחת והוי כשחוטה אנן בתר מבטל אזלינן והוה מין בשאינו מינו ובטלה מ"מ כל אותו הסוגיא אליביה דר"י הוא אבל לרבנן לא שנא הכי ולא שנא הכי בטלה ברוב דוקא למגע אבל למשא לא עכ"ל הראב"ד · ונלאו נושאי כליו של הרמב"ם לתרץ את דבריו ות"ל שחנני ד' לתרץ דברי הרמב"ם בטוב טעם ודעת לפי עומק של הלכה ודעת הרמב"ם נכונה וישרה וברורה · דאף שבסוגיא דמנחות משמע דפלוגתא דרב חסדא ורבי חנינא אליביה דר"י וכיון דלא פסקינן כרבי יהודה לכאורה לא פסקינן כשום חד מהנך אמוראי לא כרב חסדא ולא כרבי חנינא מ"מ הרמב"ם פסק כרב חסדא כיון דרבי ירמיה סובר הכא כרב חסדא דאזלינן בתר המבטל בדמשני רבי ירמיה שם כמו שכתבתי לעיל דהך שינויא אליביה דרב חסדא הוא כדכתבתי לעיל בשם הר"ן ולא נוכל לדחות הא דמשני הגמרא באופן זה כיון דקושיות הגמרא הוא אליביה דרב חסדא לכאורה זה אינו דקושית הגמרא לא קאי אשינויא דרב חסדא · דגם על המתניתין יכול להקשות למה צריך מתניתין לאשמועינן דחוזר על הרכבה והרכבה דילדה בזקנה בודאי אין חוזר דבטלה כדאמר רבי אבוהו אלא על ברכה ילדה בילדה תיפוק דבר מיהדר הוא משום ילדה הראשונה לכן האי דמתרץ הגמרא שם לא קאי אשינויא דרב חסדא · זאת ועוד אחרת פריך הגמ' שם על הך שינויא ולאוקמי' בכרם של שני שותפין דהאי הדר אדידיה והאי הדר אדידיה אמר רב פפא זאת אומרת כרם של שני שותפים אין חוזרים עליו מעורכי המלחמה כו' עכ"ל הגמ' משמע בהדיא דגם רב פפא דהוא בתרא ג"כ ס"ל הך תירוצא · דנטע להך קמייתא לסייג ולקורות וכו' דאל"כ דרב פפא ס"ל ג"כ הך תירוצא דמשני רב נחמן בר רב יצחק ורב דימי למה הוסיף הגמרא להך שינויא דרבי ירמיה הך הוכחה דרב פפא הוה ליה להגמרא לסדר תירוצא דרב נחמן בר רב יצחק וגם הך דרב דימי ואח"כ לפריך הגמרא ולאוקמי וכו' והוכיח כן רב פפא מכל הנך תירוצי כן במאי דמשני רבי ירמיה וכן במאי דמשני רב נחמן בר רב יצחק וכן הא דרב דימי זאת אומרת וכו' אלא ודאי מדמסדר הגמרא הך הוכחה דרב פפא אהך שינויא דרבי ירמיה לבד משום דרב פפא ג"כ סבירא ליה הך תירוצא דרבי ירמיה משום הכי סידר הגמרא באופן זה · ולא נוכל לומר דרבי ירמיה ורב פפא סבירא להו דמתניתין דסוטה אתיא כרבי יהודה דסבירא ליה מין במינו בטל זה אינו דבסופה דמתניתין דהתם פליג רבי יהודה על דבר אחד השנוי שם במתניתין משמע דרישא לאו רבי יהודה הוא · וכיון דבררתי דרבי ירמיה ורב פפא סבירא להו דאזלינן בתר מבטל דאם המבטל יכול להיות שוה בדינו כמו הבטל שיהיו שניהם מותרים או שניהם אסורים אינו בטל אפילו לרבנן דר' יהודה ורב פפא הוא בתרא לכן פסק הרמב"ם כרב חסדא דאזלינן בתר המבטל: והא דמשמע ממנחות שם דפלוגתא דרב חסדא ורבי חנינא קאי אליביה דרבי יהודה דוקא · נראה לי כיון דהתם הזכיר הגמרא גם רבי חנינא דפליג עליה דרב חסדא דסבירא ליה דאזלינן בתר בטל לכן אם נתערב חתיכה אחת של נבילה בשתי חתיכות של שחוטה אינו בטל משום דנבילה לאחר שתסרח דינה כשחוטה וזה רק אליביה דרב יהודה · דאליביהו דרבנן כיון דסבירא להו דמין במינו בטל משום שזה איסור וזה היתר דבעינן שיהא שניהם שוים לגמרי הן בכמות הדבר שיהיה זה בשר וזה בשר וגם יהיו דיניהם שוים שיהיו שניהם מותרים או שניהם אסורים דומיא דדם הפר ודם השעיר דאינו בטל דם השעיר בדם הפר כיון ששניהם עולים ושוים בדיניהם וגם שוים בכמות שזה דם וזה דם אין אנו יכולים לומר דנבילה אינו בטילה בשחוטה דשניהם שוים בדיניהם · דאדרבה סברא הנותנת להיפך דיהי' בטל דהטעם דמין במינו לא בטל משום דאדרבה הוא מחזק אותו ואינו מבטל כיון דמין במינו הוא · ולכן נבילה המעלה שיש בה לאחר שתסרח שיהיה דינה כשחוטה המעלה הזאת שיכולה להיות היתר משום זה אין אנו יכולים לומר דאינו בטל ותאמר כמו שהיה שיהיה דינה כנבילה מחמת המעלה היא דמחזק אותו · דאדרבה להיפך הוא דמחמת מעלה הזאת יהיה בטל · דאם תאמר דאינו בטל יהיה דינה כנבילה · והמעלה הזאת שיכול להיות שדינה כשחוטה יבטל אותו · אבל אליביה דרבי יהודה ניחא כיון דהנה אמוראים סבירא להו דלא בעי רבי יהודה רק שיהיה שניהם שוים בכמות הדבר ולא בעי שיהיה שניהם שוים בדיניהם · הרי חזינן דלא אזיל רבי יהודה בתר המעלה שיהיה דיניהם שוה לכן אף רבי חנינא סבירה ליה דבעינן דהבטל יכול להיות דינו שוה כמו המבטל לכן די במעלה זו אף שאין המעלה מועלת כל כך דלא בעינן דומיא דפר ושעיר ממש והחשיבות הדבר הוא תלי' בהבטל וכיון דחשיב כל כך שיכול להיות דיניהם שוה אינו בטל · אבל מה שאמר רב חסדא דאזלינן בתר המבטל לכן נבילה בטלה בשחוטה דמה שיש בה מעלה בנבילה שיכול להיות דינה כשחוטה מחמת המעלה הזאת מבטלה שיהיה לאחר ביטול שוה דינה כמו המעלה שיש בה · אבל אם לא יהיה בטלה ויהיה דינה כנבילה ויהיה היפך המעלה לכן אזיל בתר המבטל · והשחוטה אינו בטלה בנבילה משום דהמבטל הנבילה יכולה להיות דינה כשחוטה ויהיה דינה כהבטל שזה מותר וזה יהיה מותר והוה דומיא לגמרי לדם הפר והשעיר משום הכי אינה מבטל אותו לכן הדין דרב חסדא הוא ג"כ אליביה דרבנן דפליגי על רבי יהודה דסבירא להו דבעינן שיהא דיניהם ג"כ שוה דומיא לדם הפר והשעיר וכיון דאזלינן בתר המבטל גם כן דיניהם שוה דומיא דדם הפר והשעיר לכן פסק הרמב"ם כרב חסדא דהא דמשמע

ממנחות

ממנהות דפלוגתייהו קאי אליבי' דרב יהודה לא קאי רק משום סברת רבי חנינא דפליגי עליה דרב חסדא · וסברתו לא שייך אליביה דרב כמו שכתבתי · וכיון דרבי חנינא לא קאי רק אליביה דרב יהודה לכן משמע קצת דגם הכר פלוגתא דידיה דהיינו רב חסדא גם כן פליג עליה אליביה דרב יהודה דאם לא תאמר כן דרב חסדא לא שייך רק אליביה דרבנן וגם רבי חנינא מודה ליה דלרבנן אזלינן בתר המבטל יהיה קשה במאי פליגי לכן אמר הגמ' דהפלוגתא אליבי' דרבי יהודה · אבל האמת דינו דרב חסדא דאזלינן בתר המבטל הוא ג"כ אליבי' דרבנן · לפ"ז אין ראיה כלל ממנהות דלא נפסוק כרב חסדא והדרבה יש ראיה מסוגיה דרבי ירמיה וגם רב פפא שהוא בתרא שפסקינן כוותיה בכל מקום סובר כרב חסדא לכן פסק הרמב"ם כרב חסדא · לפ"ז יכול הרמב"ם לפרש הברייתא דראש השנה אחד הנוטע ואחד המבריך ואחד המרכיב כו' כשהרכיב באילן שנטע לסייג ולקורות דמה שכתב הגאון בעל המשיב שם דזה רק אליביה דרב חסדא וממנהות משמע דלא קיימ"ל כרב חסדא זה אינו כדכתבתי · לפי זה דאם נאמר כשאר דברי הגאון שם דאין ראיה מרמב"ן דיהא סבירא ליה בשהרכיב יחור מזקינה בילדה דהשוב זה וזה גורם וכבר הבאתי דבריו לעיל קצת בזה · ולפי מה שכתבתי לעיל שבראש השנה (דף ע') מבואר שהרמב"ן מפרש כן שהרכיב יחור של מאכל באילן שנטע לסייג ולקורות בודאי לפי דברי הגאון הנ"ל אין ראיה דהרמב"ן סבירא ליה דהשוב זה וזה גורם · אך כבר כתבתי לעיל דלא נוכל לומר דאיסור הברכה משום דהוי כנטיעה חדשה דומיא דנוטע וכיון דלא נוכל לומר כן הוכחתי לעיל דהרמב"ן ס"ל מדמפרש כשהרכיב באילן שנטע לסייג ולקורות דאם הרכיב יחור של זקנה בילדה חשוב זה וזה גורם ולכן כשהרכיב יחור של אתרוג באילן של לימא"ן חשוב זוז"ג ויוצאין בו :

ועוד נראה לי דאף אם נאמר דהרמב"ם והעומדים בשיטתו דילדה שהבכה בזקנה מטעם ביטול קאתינן עליה דמשום זה מותר ולא מטעם זוז"ג אפילו הכי יוצאין באתרוג המורכב בנטל ענף מאילן אתרוג והרכיב באילן לימא"ן דאינה בטלה יניקת האתרוג בתוך הלימא"ן כיון דנתגדל אח"כ האתרוג הוה כהוכר האתרוג שבטל מקודם ואינה בטלה כדכתבתי לעיל בפרח זה באות ח' באריכות · אף דפסקינן דאין הגעלה באוכלים הוא מטעם שכתב משמרת הבית הארוך בדיני התערובות בית רביעי (דף נ"ח ע"ב) ואם כן מלינו הגעלה באוכלים אתמהה · אלא ·על כרחינו כיון שנאסרה שוב אינה חוזרת להכשירה דודאי נאסרה וכשנפלה בקדירה אחרת אין אנו יודעים שנסחט ממנו כל האיסור ומספק אין אנו מתירין שאפילו בכהל דרבנן אמרו כן כו' עכ"ל · ובזה ישבתי קושיות הב"י על הרשב"א ביו"ד סימן ק"ו דמה שהקשה דאי מהאי טעמיה ליטעמא קפילא לחתיכה זו ואי לית בה טעמיה דאיסורי תשתרי שהרי נתברר בהאיסור הבלוע בה נפלט ממנה עד שלא נשאר בה בנותן טעם ולמה תאסר · דאינו קשה לפענ"ד לפי דברי משמרת הבית הנ"ל דהחתיכה זו לא סמכינן שיאכל חתיכה ממנה דשמא בהנשאר ממנה יש טעם · ואם שיאכל כל החתיכה לידע מזה על פעם אחרת אם יפול לקדרה חתיכה אחת איך הדין אם אפשר לבוחנו זאת לא נוכל לדעת מפעם הזה דשמא שאר החתיכות כיוצא בזה יהיה טעם וזה כונת תשובת הרשב"א המיוחסת להרמב"ן בסי' קנ"א לפענ"ד ועיין בכפתור ראשון · לפי זה כשנתגדל אח"כ האתרוגים דהוה כהוכר היתר ואינו נשאר טעם איסור לכן הוה כאתרוג כיון דאין שום ספק שיש באתרוג רוב יניקת הלימא"ן אלא הוא ודאי שיש בה רוב יניקה מאתרוג ובטל המיעוט הלימא"ן בתוך רוב האתרוג כדכתבו אחרונים בתשובותיהם והבאתי לעיל קצת מדבריהם באות ח' · ואף לפי תירוץ הב"י דשם שתירץ דכיון שכבר נאסרה אע"פ שנפלט קצת מאיסור שבה לעולם אסורה עד שיפלוט כולה לגמרי ולא ישאר בה ממנה כלל ולא דמי לדבר הנבלל והגינות שמאחר שהכל נתערב זה עם זה בשוה ואין תוס' איסור בנאסר מבהיתר חשוב כאילו נפלט כולו ג"כ יש להתיר האתרוגים המורכבים דודאי נבלל מיעוט הלימא"ן ברוב

אתרוג עיין בגיטין (דף כ"ב ע"א) במאי קא מפלגי מר סבר אזירה מכלכלה ומאן דפליג עליו היינו דוקא דמפסיק גומא אבל היכא דלא מפסיק גומא הקרקע מכלכלה אותם ודומה למאי דכתב הב"י בדבר הנימוח וזה כבר בירדתי לעיל בפרח זה באות ח' דבטל מיעוט הלימא"ן ברוב האתרוג אף שהוא היתר בהיתר לכן יוצאים באתרוגים המורכבים :

ואין לפוסלן מטעם שאתרוג חסר הוא דאף שמה שכתב הגאון ר' זלמן מרגליות והביאו הגאון הישו"י שם דאין לפסול האתרוג המורכב מטעם חסר כמו שכתב מהר"ם אלשיך ותמה עליהם דהרי עיקר הטעם דהחסר פסול הוא משום דכתיב ולקחתם לקיחה תמה וזה שפיר מיקרי לקיחה תמה דהרי גבי קדשים שם תמים כתוב ומ"מ אי לא דכתיב או כשב להוציא את הכלאים לא פסלינן ליה משום תמים עיין בדבריו ולפענ"ד נראה דלא קשה כלל דהא איתא בב"ק (דף ע"ז ע"ב) והתניא שור או כשב פרט לכלאים או עז פרט לנדמה ואמר רבא הטעם שם דאי למעט כלאים דכתיב כשב או עז שאתה יכול להוציא כלאים מביניהם או למעט הוא אבל לגבי גבוה דכתיב שור או שה שאי אתה יכול להוציא כלאים מביניהם או לרבות הכלאים ועיין בתוס' (דף ע"ח ע"א) ד"ה דהא וכו' ואמר ר"י דאע"ג דאתי כלאים מדסמיך כשב לעז מ"מ יש למעטם מדסמיך שור לכשב דלהומרא מקשינן וזה התירוץ על הא דפריך הגמרא שם פירכא אחרת · הרי כתבו התוס' דכשב או עז הוי הקישא מדכתבם בסמוך · ועיין בקרבן אהרן פ' אמור כפ' ח' ב"ג שכתב בהדיא דכשב או עז ריבויא הוא מדסמיך כשב לעז לפ"ז לא קשה כלל שהקשה הגאון ר' זלמן מרגליות הנ"ל אמאי מצרכינן להוציא הכלאים תיפוק ליה דפסול להקרבה מטעם חסר משום דהוה אמינא · דכבר להקרבה דמרבינן ליה מדסמיך כשב לעז דהוי הקישא כמו שכתבתי והא דכתיב תמים אתי להיכא דיש חסרון בגוף הדבר לכן מצרכינן או למעט את הכלאים דאף דבאמת אינו חסר כי אין שום חסרון בגופו אך כיון דמצד הדין הוא חסר דיש בה חלוו של עז משום הכי פסול להקרבה · ולפי זה לכאורה יש לפסול אתרוגים המורכבים מטעם שחסר הוא מצד הדין שיש בו מיעוט של הלימא"ן אבל כבר כתבתי לעיל דבטל מיעוט הלימא"ן בתוך רוב האתרוג ואינו מיקרי חסר כלל עיין לעיל בפרח זה באריכות וגם שם כתבתי טעמים אחרים דאין לפסול מטעם חסר :

ומה שכתב עוד הגאון שם דאין להתיר אתרוגים המורכבים מטעם זה וזה גורם דהשתא דאתינן לזה דאין היתר זוז"ג מטעם ביטול אלא משום דהתורה לא אסרה רק אם האיסור לבד גרם לו ולא אם כח היתר מעורב בו נ"ש להתיר אתרוג המורכב מטעם זוז"ג ואדרבה יש לאסור מטעם זה דכמו דאמרינן לגבי איסור ערלה דכיון שהוא בא מילדה ומזקנה מותר · ומשום דמה דאסרה תורה ערלה היינו רק בשכלה ערלה דכל הפרי כחותי' ופעולותיה באו מאילן ילדה תוך שלש שנים לנטיעתו אבל אם באו עוד מכח אחר היתר מותר · כמו"כ גבי אתרוג יש לנו לומר דכיון שאמרה תורה להביא פרי · עץ הדר בעינן שלא יהיה בו שום כח אחר מעורב בו עכ"ל · ואנכי איני מבין את דבריו כלל וכלל · דבפסחים סבירא ליה לרבי אליעזר זוז"ג אסור דאיתא התם ועוד הא תניא בהדיא וכן היה ר"א אוסר בכל איסורין שבתורה ובחולין (דף ע"ט ע"ב) אמרינן בגמרא תחילה דר"א סובר אין חוששין לזרע האב ושם אפילו מקלתה לא אמרינן ופירש"י ע"ז בד"ה ור"א סבר אין חוששין הלכך שה ואפילו מקצת שה לא אמרינן ועיין בפירש"י ד"ה בשלמא כו' דפשיטא ליה דאין חוששין לזרע האב הילכך אפילו מקצת ליכא עכ"ל רש"י · ואם נאמר כדברי הגאון הנ"ל דלגבי מצות עשה כגון אתרוג בעינן שלא יהא שום כח אחר מעורב בו אף למאן דסבירא ליה זוז"ג מותר כל שכן לרבי אליעזר דס"ל דזוז"ג אסור הודאי אמרינן דבעינן גבי מצות עשה שלא יהיה כח אחר מעורב בו ולפ"ז כ"ש דליכא למימר דר"א סבירא ליה דהיכא דנכתב שה גבי מ"ע הכה אף למקצתו דמה היכא שכולו בגוף הדבר הוא כמו

שכתוב בתורה רק שה אחר מעורב בו פסול כל שכן היכא
שמגוף הדבר מעורב שהחצי של הדבר אינו מה שנכתב בתורה
כגון כלאים שהאים מכשב ועז שהחצים עז והחצים שה דודאי דלא
אמרינן לרבי אליעזר שה אפילו מקצתו והיכי אמרינן בגמרא
שם דר"א סובר דשה אפילו מקצתו רק דסובר דאין חוששין
לזרע אב לכן אף מקצת לא יש בה · והא דפריך הגמ' א"כ
ומסיק הגמרא שם דר"א סובר שה ולא מקצת שה הוזר הגמרא
מחמת פירכא מצד הסברא אע"ג דאיתא שם והא דתניא וכו'
אע"פ כן הפירכא הזאת מצד סברא עיי"ש בתוס' ד"ה לימא
ליה איתי רחים כו' הא יכול למפריך מברייתא דתניא בהדיא
דר"א ס"ל דזה וזה גורם אסור כדאיתא בפסחים בהדיא
בברייתא ועיין בתוס' תמורה (דף ל') ע"ב) ד"ה אבל וכו'
ומכש"כ דסבירא ליה דלא אמרינן שה אף למקצתו אלא ודאי
הא דאוסר ר"א זה וזה גורם היינו דוקא באיסורין כדאיתא
בהדיא בברייתא וכן היה רבי אליעזר אוסר בכל איסורין
שבתורה אבל במ"ע סובר רבי אליעזר דזה וזה גורם אמרינן
ויוצא ידי חובתו · לכן היה רוצה הגמרא לומר בתחילה בחולין
הנ"ל דר"א סובר שה אפילו למקצתה · וכיון דבירדנו דאף דרבי
אליעזר סובר זה וזה גורם אסור מ"מ סבירא ליה דלגבי מ"ע
היכא דזה וזה גורם יוצאין ידי חובתו כל שכן לרבנן דסבירא
להו דזה וזה גורם מותר בודאי סבירא להו דאמרינן זוז"ג
במ"ע ויוצאין בו ידי חובתו · לכן כיון דחזרנו על כל צדדין
מה שרוצין לפסול אתרוג המורכב ובירדנו שאין דבריהם
נכונים לפענ"ד ואיני מבין את דבריהם כלל · לכן נראה לפענ"ד
שיוצאים באתרוגים המורכבים ולענין הברכה אם מברכינן
עלייהו או לא יש לעיין בזה משום דהחק יעקב בהל' פסח
(בסימן תנ"ד סעיף קטן ו') השיג על המ"א שפסק (בסימן
תרמ"ט ס"ק כ') דהיכא שקנאו ביאוש ושינוי השם דמותר
לברך והוכיח כן מהא דאוונכרי דפריך וליקנינהו בשינוי
השם משמע דאפילו לברך מותר · והח"י כ' דשם הוא רק חשש
רחוק ומשום חומרא דמצוה בעלמא מחמרינן משום מה"ב תדע
וכו' ואיך יורה להם לעשות גזל · ולפי דעת החק יעקב היכא
דהוי מה"ב מצד הדין ולא חומרא אין מברכינן עליהו · לפ"ז
באתרוגים המורכבים לכאורה יש לומר דאין מברכין עליהן
ויוצאו בלא ברכה דהתם מצד הדין הוא מה"ב דיש בו איסור
הרכבה · אך נראה לפענ"ד דיכולין לברך עליהם אף מקודם
נחקור היכא שאחד תבעו שהאתרוג הזה שיש לו הוא שלו · והבעל
אתרוג אומר שאינו יודע אם שלו או של חבירו שהדין בזה
שבדיני אדם אינו מחויב להחזיר האתרוג ויכול לאכול ולצאת בה
אבל ידי שמים מחוייב להחזיר כיון שחבירו טוען ברי והוא טען
שמא עיין בחושן משפט (סימן ע"ה) · אם יוצאין ידי חובתו
באתרוג זה כיון שבדיני אדם אינו מחויב לחזור · או אינו יוצא
בה כיון דאם בא לצאת ידי שמים מחויב לחזור ·

ונראה דאין יוצאין באתרוג שאם בא לצאת ידי שמים
מחויב להחזיר כיון דאינו ממונו הוא בדיני
שמים אף שיכול לעשות ולהנות מאתרוג זה כל מה שירצה
מ"מ אין יוצאין בו · ובמקום אחר הארכתי בזה · ולפ"ז מה
שאמרו בבבא קמא (דף צ"ד ע"א) דתניא רבי אליעזר בן יעקב
אומר הרי שגזל סאה של חטין טחנה לשה ואפאה והפריש
ממנה חלה כיצד מברך אין זה מברך אלא מנאץ ועל זה נאמר
בוצע ברך נאץ את ה' עכ"ל הגמרא וצריכין להבין מפני מה
בוצע ברך נאץ ה' הא קנה בשינוי מעשה · אין אנו יכולין לומר
דהטעם הוא שאם בא לצאת ידי שמים מחויב להחזיר דאם
תאמר כן היכי אמרינן דיוצאין באתרוג הגזול היכא דקניה
בשינוי מעשה עיין בא"ח ברים סימן תרמ"ט הא כבר בירדתי
לעיל שאם בדיני שמים מחויב להחזיר אין יוצאין באתרוג כזה
וגם לא מצינו בכל מקום לא בש"ס ולא בראשונים ולא באחרונים
היכא שקנה בשינוי מעשה שאם בא לצאת ידי שמים מחויב
להחזיר · אלא ודאי דהטעם דאמרי בוצע ברך נאץ ה' משום
כיון דעשה עבירה בעצמו בגזל ונעשה בחטא שקנה בשינוי
מעשה כדאמרינן בבבא קמא (דף ס"ה ע"ב) דתניא א"ר
עקיבא מפני מה אמרה תורה טבח ומכר משלם ד' וה' מפני
שנעשה בחטא אימת אילימא לפני יאוש מי איכא נעשה
אלא לאו לאחר יאוש הוא אמר רבא מפני שנעשה בחטא ה"נ
היכא שנעשה בחטא שגזלה ועשה בה שינוי מעשה ונעשה
בחטא לכן אמרינן בוצע ברך נאץ ה' אבל אדם אחר שלא
עשה בה שום עבירה כגון באתרוג שהרכיב א"י יכול ישראל
לצאת בו ולברך עליו כיון דהוא לא עשה עבירה באתרוג
וראיתי שבעל השבות יעקב בסימן ל"ו בחלק א"ח שכתב על
דברי הלבוש שסובר שבאתרוג שהרכיב נעשה בו עבירה ואינו
יכול לצאת בו כתב עליו דברי הלבוש דחוים מעיקרא הם
בטעם זה חדא דהא פסק הרמב"ם בפ"ט מהל' מלכים ופ"א
מהל' כלאים דין ו' ובכ"מ שם דאין הלכה כר' אליעזר דבן
נח אינו מצווה על הרכבת אילן · לפי דעתי לא ראה דברי
המשנה למלך בפ"א מהלכות כלאים דין ו' שתמה על הכ"מ
דהא בפרק עשירי דין ו' כתב מפי הקבלה שבני נח אסורין
בהרכבת אילן וכיון דאיכא איסור אף דליכא חיוב מיתה
פשיטא דאסור להם להרכיב כלאים :

ומה שכתב השבות יעקב עוד שם על דברי הלבוש עוד
קושיא ג"כ אינו מובן · לכן יש בודאי באתרוג המורכב
נעשה בו עבירה ואפי"ה נ"ל דיוצאין בו ומברכין עליו מפני
הטעמים שכתבתי כן נלפענ"ד להלכה · אבל למעשה כיון
שהגאון בעל השבות יעקב העמיד שם שכל גאוני ארץ הורו
למעשה שלא לברך על האתרוגים המורכבים לכן אם יסכימו
ג"כ גאוני ארץ לצאת באתרוגים המורכבים ולברך עליהם גם
אנכי מסכים להלכה למעשה שיכול לצאת בהם ולברך עליהם ·
(דברי אבר ניסן) :

פרח י אות י

ולפי מה שמבואר לעיל בפרח ט' אות ה' דלכך רוב ע"ה
מעשרין הן · ולא סמיך מיעוטא לחזקה טבל כדקי"ל
בכל דוכתא · משום שכתבו התוס' בבכורות (דף כ' ע"א) ד"ה
ואי בעית אימא · משום דאין להחזיק שום אדם ברשע בשביל
מעוט שאין מעשרין יהיה ניחא דברי הר"ן מה שכתב בש"פ
אין נודרין דלוקחים בצים מן עכו"ם ביו"ט שהוא תוכך אי אזלינן
בתר רובא בדבר שיש לו מתירין כיון דקי"ל דאפילו באלף
לא בטל · ואפשר דהתם שאני דאיתחזק איסורא עיי"ש · נראין
מדבריו דמספקא ליה אי אזלינן בתר רובא בדבר שיש לו
מתירין או לא ולכאורה מוכח מדאזלינן בתר רובא דרוב ע"ה
מעשרין הן · והא בנדרים (דף נ"ז ע"ב) הביא שם הגמרא
הברייתא רפ"א כל דבר שיש לו מתירין כגון טבל כו' א"כ
מוכח מזה דאף בדבר שיל"מ אזלינן בתר רובא · ולמה הר"ן
מסתפק · אבל לפי מה שכתבנו כיון דיש חזקה המסייעת
לרובא הוה כמו ודאי ולכן אזלינן בתר הך רובא אף דהוא
דבר שיל"מ · ועוד נראה לי לתרץ דעת הר"ן שמספקא ליה
דהא מדרבנן לא אזלינן בתר רובא דרוב ע"ה מעשרין הן
צריכין אנו להבין הטעם מ"ט לא אזלו רבנן בתר רובא ·
ונוכל לומר כסברת התוס' הנ"ל משום דהוה מיעוט המצוי
משום הכי לא אזלינן בתר רובא · אבל בלא זה הוה אזלינן
בתר רובא אף דהוא דבר שיש לו מתירין · אם כן לפי זה
אזלינן בתר רובא אף בדבר שיש לו מתירין או דילמא הא
דלא אזלי רבנן בתר רובא משום דהוה דשיל"מ · ולפי זה לא
אזלינן בתר רובא בדבר שיל"מ · לכן מסתפק הר"ן בדבר זה ·
וראיתי לבעל משנה למלך שחולק על הר"ן בזה בהלכות מעילה
פרק שביעי הלכה י' וסובר דאזלינן בתר רובא אף בד"ד שיל"מ
רק במקום דאיתחזק איסורא בהא לא אזלינן בתר רובא
בדשיל"מ · והביא ראיה שלא כדברי הר"ן שהביא שם מדאיתא
בתוספתא פ"ג דדמאי מצרפין פירות חוץ לארץ על פירות
שבארץ כדי שירבו על פירות הארץ לפוטרן מן המעשרות
ומצרפין פירות חוץ לארץ על פירות שנית כדי שירבו על פירות
שביעית לפוטרן ממעשר עני · מצרפין פירות ח"ל על פירות
שביעית כדי שירבו על פירות רביעית לפוטרן ממע"ש · מצרפין
פירות ערב שביעית כדי שירבו על פירות שביעית לפוטרן
מן

מן הביעור מצרפין פירות חוץ לארץ על פירות שביעית כדי שירבו על פירות של מוצאי שביעית כדי לפוטרן מן המעשרות [כך היתה בתוספתא הנדפסת אצל רב אלפס · והתוספתא שהביא הבעל משנה למלך יש שם טעות סופר] והנה כל חלוקות הללו דבר שיל"מ הוא · הא דטבל אסור במשהו משום דהוה דשיל"מ ואפילו בטבל של מעשר שני או של מעשר עני איסור במשהו כמו שכתב הראב"ד בפ"א מהל' מע"ש דין מ"א ועוד יש לומר וכן פירות שביעית שנתערבו בפירות אחרות הוה כמו דבר שיש לו מתירין ואסורין בכל שהוא כמ"ש בס"פ ז' מהל' שמיטה וא"כ היכי קאמר בתוספתא דאזלינן בתר רובא לפוטרן מן המעשרות ומן הביעור אלא על כרחך צ"ל החילוק מה שכתבנו עכ"ל · ועכ"פ צריכין אנו לומר דהבעל משנה למלך מפרש התוספתא שמצרפין פירות ה"ל על ספק טבל אם למעשר שני או למעשר עני או מצרפין על פירות ספק שביעית · לכן לא איתחזק איסורא דספק טבל וספק שביעית הוא ומשום זה בטל אף שהוא דשיל"מ לכן אזלינן בתר רובא דאל"כ לא אתחזק איסורא · אך קשה מאוד לאמר דהתוספתא מיירי בספק טבל · וגם קשה האיך מתיר בהתוספתא לבטל לכתחילה הא קיי"ל אין מבטלין איסור לכתחילה וכ"ת דמתרצא קושיא חדא בחברתה כיון דקשה הא אין מבטלין איסור לכתחילה אלא ע"כ מיירי בספק טבל ובספק איסור נוכל לומר דמבטלין לכתחילה כדכתב הש"ך ביו"ד (סימן קי"ד ס"ק כ"א) · לפי זה ראיות המשנה למלך מהתוספתא נכונה הוא · אך נראה לפי עניית דעתי לומר לכאורה דאפי' אם מיירי בודאי טבל מבטלין לכתחילה · דאף דקיי"ל דאף אם אין כוונתו לבטל אין מבטלין איסור לכתחילה · אך בדבר שאינו טוב בעיני המבטל ואין כוונתו לבטל אז מותר לכתחילה לבטל · ומפני זה איני מבין מה שכתב השערי תשובה בא"ח בסימן ש"ח בס"ק ה' בשבת ובענין הכלים רגילים להורות הכשר לכלי חרס ע"י הגעלה ג' פעמים כמבואר ביורה דעה שם :

פרק יא אות א

שבשערי תשובה בסימן שכ"ח ס"ק ה' בענין הכלים שבשלו ע"י עכו"ם לצורך חולה רגילים להורות הכשר לכלי חרס ע"י הגעלה ג' פעמים כמבואר ביורה דעה שם · ולפי דעתי אנכי איני מבין הוראה זאת הגם שכתב הט"ז ביו"ד בסימן קי"ג ס"ק ע"ו על מה שכתב הרמ"א בשם הרא"ה עכו"ם שבשלו לחולה בשבת מותר למוצ"ש אפילו לבריא כתב שאלו הם דברי ר"ן בשם רא"ה · אבל בעל משמרת הבית חולק על זה ואילו ראו הב"י והרמ"א ספר משמרת הבית לא היו פוסקים להיתר כהרא"ה עיי"ש גם דבריו אין אנכי מבין · דהא דעת התוספות בביצה (בדף ג') בד"ה גזירה וכו' וז"ל שם ומטעם זה אכל רבינו אליעזר ממיץ מליח שבשלו עכו"ם מעצמו בשבת דלמאי נחוש לה הרי לא באו בשבילו וכו' ואם משום מוקצה חזי לכוס וכו' עכ"ל · הרי חזינן שדעת התוס' נ"כ שאם בישלו עכו"ם בשבת מותר לאכול לבריא ואין בו איסור משום בישולי עכו"ם דאל"כ היכי אכל ר' אליעזר ממיץ · ואין לומר דמיירי. שדג מליח המוזכר בתוס' היו יכולין לאוכלו חי לכן אין בו איסור משום בישולי עכו"ם כדאיתא בביצה (דף ט"ז ע"א) אמר רב אבי אמר רב דגים קטנים מלוחים אין בהם משום בישולי עכו"ם וכו' ופירש"י הטעם דכיון שנאכל כמו שהוא חי אינו ניכרי בישול דלא אהני מידי ע"ש וכן איתא (בע"א דף ל"ח ע"א) עי"ש לא נוכל לומר כן דהא כתבו התוס' שם דאין אסור לאכול המליח משום מוקצה מטעם דחזי לכוס קודם הבישול · ולשון לכוס נופל רק אם אין אוכל דרך אכילתן ואם נאכלין היין דרך אכילתן הוה להו להתוס' לכתוב דיכולין לאכול קודם הבישול · וגם אין לומר שמשום זה אין בו משום בישולי עכו"ם משום דמבואר בהגא"ב בד"ה גזירה וכו' שהמעשה היה ע"י שפחתו ומבואר ביו"ד בסימן קי"ג ס"ד בהמחבר דיש מי שמתיר אם בשלו ע"י שפחות · לא נוכל לומר כן דהא התוס' שם לא הזכירו שבשלו ע"י שפחתו רק שכתבו שבשלו עכו"ם ואם היה עיקר ההיתר לאכול שאין בו איסור בישולי עכו"ם משום שבשלו שפחתו היה גם להתוספות להזכיר שהמעשה היה ע"י שפחתו · אלא נראה דמשום זה אין בו איסור בש"ע משום שהמעשה היה בשבת · וכדעת הרא"ה דבשבת אין בו איסור בש"ע ע"ש הטעם וכיון דלא יש נפקא מינה מה שבשלו ע"י שפחתו לכן כתבו התוספות תיבת עכו"ם במקום שפחתו וכיון דהעלינו שדעת התוספות נ"כ כדעת הרא"ה · וכן הוא דעת הר"ן בביאורו על רב אלפס כמו שהביא הט"ז שם · אף שמסיק שם הט"ז שבתשובות הר"ן מבואר דלא קיל"ן כהרא"ה · אך עיינתי בדברי הב"י בסימן קנ"ג בסופו שהביא שם תשובת הר"ן ומבואר שם שדעת הר"ן להלכה כהרא"ה רק למעשה הוא אוסר וכיון דדעת התוספות הנ"ל והרא"ה ודעת הר"ן להלכה שאם בישל עכו"ם בשבת אין בו משום בש"ע והמשמרת הבית והבעל התרומות סוברים דיש בו איסור משום בש"ע לכאורה ראוי לפסוק כהרא"ה ובפרט באיסור בישולי עכו"ם רק איסור דרבנן ראוי לפסוק לקולא :

ואפילו תימא דהתבשיל גופא שבישל עכו"ם להולה בשבת אסור לבריא · מ"מ נראה לי דהכלים שבישל עכו"ם בשבת אינם צריכין הגעלה אף לדעת משמרת הבית הוא הרשב"א דאוסר התבשיל · הא ידוע שהרשב"א ס"ל דבכל מקום שאי אפשר לבוא לידי נתינת טעם מבטלין אותו לכתחילה עיין בר"ן בע"א בפרק אין מעמידין בד"ה איבעיא להו מהו לתת לתוכן שכר ע"ש דמבואר שם שכן דעת הראב"ד ז"ל והביאו אחרונים בכמה מקומות · ואהך מהם בטור סימן קכ"ב וכיון דקי"ל בישולי עכו"ם בטלים ברוב (עיין ביו"ד בסימן קי"ב בסעיף י"ד ברמ"א ובש"ך שם בס"ק כ"ג) ועל פי רוב יש רוב בתבשיל נגד פליטת הכלי · וכיון שאי אפשר לבוא לידי איסור מבטלין אותו לכתחלה · כמו איסור משהו בשאר איסורין ואף דרשב"א מצריך הגעלה להכלים שבשלו בו עכו"ם (והביאו השולחן ערוך בסימן קי"ג סעיף ט"ז והוא בעל הדעה ראשונה עיין ב"י שם) · זה אינו סותר דברינו שכתבנו אף דאין חילוק בין איסור משהו בשאר איסורין בין איסור שביטלו ברוב כגון בישולי עכו"ם · די"ל הא דמצריך הרשב"א להכלים שבישלו בו עכו"ם הגעלה מיירי שאין בתבשיל רוב נגד פליטת הכלי · ואין זה דוחק דהש"ך בסימן קט"ו בסעיף קטן ט"ו גם כן תירץ באופן זה ע"ש [שנית דהא הרשב"א סובר דבישולי עכו"ם אוסר עד ששים והביאו הש"ך שם בס"ק י"ז] · ונראה לפי עניית דעתי להביא ראיה לזה מדברי התוספות בחולין (דף ק"א ד"ה) הלכתא כו' דהביאו ראיה דנ"ט בר נ"ט דמותר אפילו נתבשלו וז"ל ויש לדקדק דאפילו נתבשלו שרי כדאמרינן פרק דם חטאת (דף צ"ז ע"א) דכל יום ויום נעשה גיעול לחבירו ומותר לבשל שלמים האידנא בקדירה שבישל בה שלמים אתמול · דלא אמרינן דקא ממעט באכילת שלמים דהאידנא · משום דטעם שני הוא נתבטל קודם שבא לידי איסור וכו' · מיהו אין ראיה משם דהא אפילו בישל בה חטאת שרי לבשל באותה קדירה שלמים בסוף ע"ת · והרי ממעט באכילתה דמיתסרה לזרים ולנשים ולעבדים דאינה נאכלת אלא לזכרי כהונה וגם מפשלי ביוצא · דהוי טעם שני באיסור וע"כ הוי טעמא משום דמין במינו מדאורייתא בטל ברוב ובכלי מקדש אוקמינהו אדאורייתא וכו' עכ"ל · ולכאורה קשה איך מבשלין שלמים האידנא בכלי שבישל בה חטאת הא אין מבטלין איסור לכתחלה ופליטת החטאת מהכלי נקרא איסור כמו שכתבו התוס' דהוי טעם שני באיסור · הגם שלדברי התוס' אין קשה כלל משום דהמה סבירא להו דמן התורה מבטלין איסור לכתחילה רק מדרבנן אין מבטלין כידוע ובכלי מקדש אוקמינהו אדאורייתא א"כ לא קשה כלל · אבל זאת ידוע דכמה פוסקים סבירא להו דמן התורה אסור לבטל איסור לכתחילה ולפי דבריהם יהיה קשה האיך שרי לבשל שלמים האידנא בכלי שבישל בה חטאת הא מבטל איסור לכתחילה כנ"ל · אלא והאי כיון דמן התורה

בטל ברוב דמין במינו הוא לפיכך אי אפשר לבוא לידי איסור דבודאי יש בתבשיל של שלמים רוב נגד פליטת הכלי של חטאת מש"ה מבטלין לכתחלה · אלא דדינים שוה כמו שמבטל איסור שבהו הכי נמי מבטלין איסור שביעולו ברוב היכא דיש בודאי רוב נגד האיסור ולפ"ז אינם צריכין להגעיל הכלי שבישל העכו"ם בשבת משום דיש בודאי רוב בתבשיל שמבשל הישראל נגד פליטת הכלי שבישלו עכו"ם ויכולין לבטלה הפליטת הכלי לכתחילה [אך ראיתי להרשב"א בתשובותיו בסימן תקט"ז דמביא ג"כ מכאן דע"א שמותר נ"ט בר נ"ט אף אם נתבשל ולא דהי זאת הראיה כמו שדהו התוס' מוכח מדבריו דפליטת החטאת לא מיקרי איסור אם נתערב בשלמים ודו"ק]: ועוד נראה לי מטעם אחר שאינם צריכין להגעיל הכלי משום דאף שמבשל היתר הישראל ומבטל פליטת האיסור של בישולי עכו"ם · זה אינו מיקרי מבטל איסור לכתחילה משום דאין כוונתו לבטל רק לבשל בהכלי וכיוצא בזה כתב הספר המלך בהלכות מ"א הלכה כ"ה ע"ש וכן כתב הגאון ר"ע איגר בתשובותיו בסימן ע"ז דדוקא בתערובות בעלי חיים מיקרי מבטל איסור לכתחילה כיון דנקרא על הכל שם איסור וכו' ע"ש באורך · אבל הכא על התבשיל שמבשל בכלי שבישל בה עכו"ם לא נקרא על התבשיל שם איסור · לכן מקרי אין כוונתו לבטל האיסור ומותר לבטל באופן זה לכתחלה לפי דעת התוס' בפרק השוכר את הפועל (דף ע"א ע"ב) ד"ה הכא במאי עסקינן וכו' ע"ש בספר המלך שהוציא כן מדברי התוס' הזה · גם הביא בשם תשובות הרשב"א בסימן תס"ג וז"ל וכל האיסורין שמרבה עליהן שוגג מותר · ואע"פ שמעמידין מזיד נקרא שוגג לענין ביטול דלא נתכוין לבטל אלא לטחון ולאכול ע"ש וכן הוא דעת הטור בא"ח בסימן תנ"ג · וכן הוא דעת הר"ן בפרק אין מעמידין אההיא ברייתא דקנקנים של עכו"ם חדשים מותרים כו' כתב בפשיטות דכל שאינו מכוין לבטלו כדי ליהנות ממנו שרי · והוכיח כן מכלי מדין שאמרה תורה להגעילן למאן דס"ל דאין מבטלין איסור לכתחלה דאורייתא עי"ש וכן כתב הריב"ש בתשובה סימן שמ"ע ע"ש · אך עי' בספר המלך דהקשה דברי הר"ן אהדדי וכן הוא דעת הפרי חדש בא"ח בסימן תנ"ג ס"ק ג' דכיון שמתכוון להכשיר הכלי ואינו נהנה מהאיסור שרי · אך מדברי התוס' בפרק כל שעה (דף ל' ע"א) ד"ה ליפסינהו נראה דסבירא להו דאפילו בשאינו מכוין לבטל את האיסור אין מבטלין לכתחילה והביאו הספר המלך שם וגם הגאון ר"ע איגר בתשובותיו שם הסתפק בדברי תרומות הדשן המובא ביו"ד בסימן פ"ד בש"ך ס"ק מ' שכתב שם להתיר לטחון חטים שיש בה מעורבים חטים מתולעים שאף אם יטחנו התולעים בטלים בס' בתוך הקמח ואין זה מבטל איסור לכתחלה כיון דספק הוא אם נתערב שום איסור כלל וגם אינו מכוין לבטל עכ"ל אם צריכין דוקא ב' הטעמים חדא דיש ספק שנית דאין כוונתו לבטל · אז מותר לבטל לכתחילה · או אף דיש טעם אחד משני הטעמים הנ"ל גם כן מותר לבטל לכתחלה · ולפענ"ד סגי אם יש טעם אחד מבטלין לכתחלה דהא כבר הבאתי לעיל דעת כמה פוסקים שאם אין כוונתו לבטל מותר לבטל לכתחלה ומה שמקשה הספר המלך שם דברי הר"ן אהדדי עיין בדברינו דלמטה שיש ליישב זה ונשאר לנו רק דעת התוס' בפרק כל שעה שסוברים דאסור אף אם אין כוונתו לבטל וכן דעת הט"ז ביו"ד בסימן קל"ז ס"ק ד' רק שדעתו שאם אפשר בענין אחר אסור לבטל אף אם אין כונתו לבטל ובהכי ניחא דלא סתרי דברי הר"ן הדדי ודו"ק · וכן דעת הש"ך שם בס"ק ז' וכן כתב הט"ז בסימן קל"ח ס"ק י"ד :

וגם משמע שדעת הש"ך בסימן קי"ד בסעיף קטן כ"א · שכתב שם וז"ל ועוד דלא שייך כאן מבטל איסור לכתחלה כיון דספק הוא אם יש כאן שום איסור נראה שדעתו דסגי ג"כ בטעם אחד דאם יש בה ספק איסור מבטלין וכיון דכמעט כל הראשונים והאחרונים מסכימים דאם אין כוונתו לבטל מותר לבטל · לפ"ז אין צריכין הגעלה להכלים שבשלו בה העכו"ם כיון שאי אפשר לבוא לידי איסור דיש בודאי רוב בהתבשיל נגד פליטת הכלי ואיסור בש"ע בטל ברוב כהכתבתי לכן יכולין לבשל בהיתר כיון דאין כוונתו לבטל רק לבשל · וכן הוא דעת הרמב"ם לפ"ד הכ"מ בהלכות תרומות בפרק ט"ו הל' י"ט וז"ל קדירה שבשלו בה תרומה לא יבשל בה חולין ואם בישל בנ"ט ואם שטף הקדירה במים או ביין ה"ז מותר לבשל בה כו' עכ"ל ונשאל ע"ז מחכמי לוניל והשיבם שסמך בזה על מתני' השניה בסוף תרומות (דף כ"ט ע"ב) המערה מכד לכד נוטף ג' טיפין ונותן לתוכה חולין כו' שמענו ממתני' זו שאין הקדירה שנתבשל בה תרומה צריך הגעלה אלא שטיפה בלבד וקל וחומר הדברים ומה אם היין או השמן הנשאר בדופני הכד אינו מדמע אף על פי שאילו הרכין הכד על צדה היה מתמלא ממנה המדומעת וכו' עכ"ל וכן הוא דעת התוי"ט במסכת תרומות פרק י"א מתני' ח' ד"ה נותן וכו' · מהני שני בבא משמע דדבר שאינו נחשב בעיני המבטל ושאין כוונתו לבטל לכתחלה מותר וכו' עכ"ל ופליטת הכלי הכל יודעים שאינו נחשב בעיני המבטל לבטל אותם לכן אין הכלים שבישל בהם העכו"ם צריכין הגעלה ובפרט לפי מה שכתבתי לעיל דאף התבשיל שמבשל העכו"ם בשבת מותר לבריא ושדיתי נרגא בדברי הט"ז בסוף סימן קי"ג ע"ש · לכן נראה שבודאי אין הכלים צריכין הגעלה ובפרט כי האיסור הוא רק מדרבנן :

העולה מדברינו זה · דאף איסור שאינו נחשב בעיני המבטל · מ"מ אינם יכולין לבטל רק בצירוף שיהיה אין כוונתו לבטל והתוספתא שהביא הספר המלך הנ"ל איתא בזה הלשון מצרפים פירות ח"ל על פירות הארץ כדי שירבו על פירות הארץ לפוטרן מן המעשרות וכו' עדכאן לשון התוספתא דמשמע מזה דאף אם יכוון לבטל מותר לבטל לכתחילה · בכל זאת ניחא דבהא סגי רק אם אינו נחשב בעיני המבטל אף אם יהיה כוונתו לבטל מותר לבטל לכתחלה · ואי"ה לקמן אבאר דזאת מקרי אינו נחשב בעיני המבטל דאיסור זה אינו חמור כשאר איסורין דיש היתר לאיסורו · וכיוצא בזה איתא (בפסחים דף מ"ד ע"ב) ומה נזיר שאין איסורו איסור עולם ואין איסורו איסור הנאה ויש היתר לאיסורו עשה בו טעם כעיקר כלאים שאיסורו איסור עולם ואיסורו איסור הנאה ואין היתר לאיסורו אינו דין שיעשה טעם כעיקר וכו' עכ"ל הגמרא · אף שמצינו בקי"ל שדבר שיש לו מתירין אפילו באלף לא בטל · זה אינו מחמת חומר האיסור שיש בו רק טעמא רבה איכא בהא מילתא לפי דברי רש"י בריש ביצה ולפי דברי הר"ן בנדרים כידוע · וכן מצינו קולא גדולה כזה בתשובות הגאון רבינו עקיבא איגר :

פרח יב אות א

וזה לשון הגאון ר' עקיבא איגר בתשובותיו בסימן ס' מה שנשאל מר בחולה שאין בו סכנה והוצרך בשבת לרפואה אכילת פירות ולא נמצא רק מאותן שנשרו בשבת אם מותר להאכילם לחולה וכו' אולם לשיטת הטור בדעת הרמב"ם (וזה דעה א' בש"ע סי' הנ"ל) דמותר לישראל לחלל שבת במידי דרבנן לצורך חולה שאב"ס · בזה יש להסתפק טובא באכילת מוקצה למאי דפסקינן (ביו"ד סי' קנ"ה ס"ג בהג"ה) דכל איסורי הנאה דדבריהם מותר לחולה שאב"ס להתרפאות בהם אפילו כדרך הנאתן ובלבד שלא יאכל ולא ישתה האיסור ע"ש א"כ יש לומר דאכילת פירות הנושרים וכדומה הוי בכלל שארי איסורים · או כיון דהמאכל בעצמותו היתר אלא דיומא גרים ואם אכלם הוי בכלל חילול שבת הוי רק כמו שאר מלאכות שבת דדבריהן דשרי לחולה שאב"ס · ולכאורה נראה להביא ראיה מסוגיא דכתובות (דף ס' ע"א) תניא ר' מרינוס אומר

גונח

גונח יונק חלב בשבת מ"ט מפרק כלאחר יד הוא ובמקום צערא לא גזרו ביה רבנן · ולכאורה יש לי לדון דהחלב זו שיונק ומוצץ בפיו משדי הבהמה אם יפלטן אסורים משום מוקצה כיון דהבהמה בשבת יש בה משום מוקצה מחמת איסור הכי נמי החלב שיצא ממנה · ואף למה שכתב הרמב"ן הובא בכר"ן בשבת פרק חביות בהסוגיא דחולב עז לקדירה שיש בה אוכלין דאף דהעז בשבת מוקצה מ"מ מוקצה כזה דלא דחי בידים אינו אסור אלא בעוד שהאיסור עליו · א"כ כשנסתלק על ידי היסור כגון שוחט בשבת הא כל שלא עבר על השבת ואף גם בשוגג כיון דנסתלק האיסור נסתלק המוקצה ע"ש · מ"מ זהו דוקא כשנסתלק בלא מלאכת שבת אבל בגונח ויונק דנסתלק ע"י מלאכת שבת מפרק כלאחר יד · אף דחז"ל התירו כן במקום צער מ"מ נעשה בו מלאכת שבת כמו בשוחט בשבת לחולה שיש בו סכנה אף דהשחיטה היתה בהיתר מ"מ כיון דנסתלק האיסור ע"י מלאכת שבת יש בו משום מוקצה · וכיון שכן החלב הוי מוקצה ואעפ"כ התירו לגונח ליגק ולבלוע ולשתות החלב מוכח דאכילת מוקצה שרי לחולה שאב"ס · אך זהו ליתא דהרמב"ן לא ס"ל הכי · אלא דאפילו מאן דאית ליה דמוקצה ונולד אסור בשבת מ"מ בהחלב העז לא הוי מוקצה כיון דנסתלק המוקצה בלא מלאכת שבת · אבל למאי דקיי"ל כר"ש בלא דחייה בידים בשוחט לחולה שנחלה בשבת קיי"ל דמותר לבריא באומצא א"כ החלב אין בו משום מוקצה וכו' עכ"ל · ואנכי בעניי איני מבין דבריו דמה שכתב דרמב"ן לא כתב כן אלא למאן דאית ליה מוקצה אבל לפי מה דקיי"ל כר"ש אין בהחלב איסור מוקצה דהא איתא בכתובות שם אמר רב יוסף ה"ל כר' מאיר ורב יוסף אית ליה מוקצה בשבת (דף קי"ב ע"ב) דקאמר כמה הריפה שמעתא דדרדקי אימור דאמר בשבת לבהתילה מי אמר וכן מוגה התוס' שם (בדף מ"ו ע"א) בד"ה דנפטא · וכו' האמוראים דאית להו מוקצה · מוגה גם רב יוסף דאית ליה מוקצה ואפ"ה פסק רב יוסף כרבי מאיר דגונח יונק חלב בשבת אף דבהחלב יש בו איסור מוקצה אליביה · א"כ מוכח דמותר להאכיל להחולה דבר שיש בו איסור מוקצה אפילו לדידן כגון גרוגרות וצמוקים:

אך באופן אחר יש לדחות דאין ראיה מכאן דמיירי בהגונח חולה מעו"ש וא"כ אין בהחלב איסור מוקצה כדאיתא בחולין (דף ע"ו ע"ב) אמר רב פפא פעמים שהשוחט מותר כגון שהיה חולה מבעוד יום ופירש רש"י ע"ז בד"ה פעמים שהשוחט להולה מותר לבריא לטוב כגון שהיה חולה מבעוד יום דאין כאן לא איסור מוקצה וכו' עכ"ל · אלא נראה לפענ"ד להביא ראיה מיבמות (דף קי"ד ע"א) דאיתא שם אבא שאול אומר נוהגים היינו שיונקים מבהמה טהורה ביו"ט כו' ופריך הגמרא היכי דמי אי דאיכא סכנה אפילו בשבת נמי ואי דליכא סכנה אפילו ביו"ט אסור לא צריכא דאיכא צערא וקסבר מפרק כלאחר יד הוא שבת דאיסור סקילה גזרו רבנן יו"ט דאיסור לאו לא גזרו ביה רבנן וכו' עכ"ל הגמרא ואם איתא דאסור להאכיל להחולה שאב"ס דבר שאסור משום מוקצה מאי פריך המקשן היכי דמי וכו' הא יכולין לשנוייה דמיירי לחולה שאב"ס · ומשום הכי בשבת אסור לינק החולה משום דעל החלב יש איסור מוקצה · לפי דעת הרמב"ן למאן דאית ליה מוקצה כמו שכתבתי לעיל · ואבא שאול סובר ג"כ כרבי יהודה דאית ליה מוקצה משום הכי אסור לינק בשבת · אבל ביו"ט דאין על הבהמה איסור מוקצה דיכול לשוחטה ולאוכלה דמיירי בבהמה העומדת לאכילה משום הכי שרי לינק החולה ביו"ט · וכי תימא דהמקשן דפריך ה"ד היה סובר דיש איסור מלאכה כשיונק החולה · והיינו שמפרק החולה את החלב מן הבהמה והוא תולדה דדש לכן אסור החולה לינק ביו"ט · דהא יכול לאוקמא כרבנן דרבי יהודה דסברי דאין דישה אלא בגידולי קרקע כמו שהקשה התוס' שם בד"ה וקסבר וכו' על התרצן · וכ"ת דמשום זה לא משני הכי דהא כתבתי לעיל דלפי זה אבא שאול סובר כר' יהודה דאית ליה מוקצה ומסתמא סובר ג"כ במאי דאית ליה לר' יהודה דיש דישה אף שלא בגידולי קרקע דמחייב בפולט חלזון משום דש כדאיתא בפרק כלל גדול (דף ע"ה ע"א) הא יש לומר כיון דאין אלוי זה בזה דיכולים לומר שבחדא סבירא ליה כרבי יהודה ובאידך לא סבירא ליה כמותו · וגם מצינו שאחרי תנאים דאית להו מוקצה עיין בשבת (דף מ"ד) בגמרא (ובדף מ"ה) בתוספות ד"ה לדבריו וכו': וכיון שכן יכולין לומר דאבא שאול סובר כהכך תנאים וגם סובר דאין דישה אלא בגידולי קרקע כרבנן · וכי תימא מה משמיענו אבא שאול פשיטא דמותר לינק · זה אינו · חדא דמשמיענו דאין דישה אלא בגידולי קרקע · שנית משמיענו דאף דאין דישה אלא בגידולי קרקע מ"מ מדרבנן יש דישה והוה אמינא דאסור לישראל להלל שבת אף באיסור דרבנן לחולה שאין בו סכנה דדוקא ע"י עכו"ם מותר לחלל שבת קמ"ל דמותר אפילו ע"י ישראל · אך לפענ"ד אינו מובן קושית התוס' מה שהקשו על התרצן · דיכולים לומר דמשנ"ה לא מוקים דאתיא כרבנן דא"כ קשה דמשמע דאבא שאול סתיר רק לינק אבל לחלוב לתוך כלי ולינק א"כ להחולה אסור · ולרבנן כיון דהם סוברים דאין דישה אלא בגידולי קרקע יכולים לחלוב אף לתוך כלי וכעין קושיא זו הקשה התוס' שם בד"ה שבת על קושיא אחרת · לכן משני הגמרא מפרק כלאחר יד הוא · ולפ"ז יכול לסבור אף כרבנן דרבי יהודה · ומה דלא התיר אבא שאול אף לחלוב לתוך הכלי · משום דכל מה שבכדי יכולתינו לשקל שלא יעשה איסור חמור כ"כ צריכין לעשות האיסור שאינו חמור כ"כ עבור החולה · כדאיתא ביומא (דף פ"ג ע"א) ת"ר מי שאחזו בולמוס מאכילין אותו הקל הקל טבל ונבילה מאכילין אותו נבילה עכ"ל הגמרא · ואם בחולה שיש בו סכנה אמרו כן כש"כ בחולה שאב"ס ויונק האיסור משום דהוא מפרק כלאחר יד והוא מיקרי שבות כלאחר יד וכשיחלוב לתוך הכלי הוא שבות כדרכו אף לרבנן משום הכי משמיענו אבא שאול דמותר רק לינק אבל לא לחלוב לתוך הכלי:

היוצא מדברינו דלפי דברי התוס' שוב קשה אם איתא דאסור ליתן להחולה דבר שאסור משום מוקצה מאי פריך המקשן היכי דמי וכו' יכולים לומר דמשום הכי בשבת אסור משום מוקצה משא"כ ביו"ט כדכתבתי לעיל · ולפי דברינו דאין יכולים לומר דאבא שאול סובר כרבנן דא"כ אף לחלוב לתוך הכלי מותר · ומה שכתבתי לעיל איכא דהתרצן דמצי אתיא כרבנן ואפ"ה אסור לחלוב לתוך הכלי משום דצריכין לעשות איסור שאינו חמור כ"כ זאת ניחא אליבא דהתרצן · אבל להמקשן דלא סליק אדעתיה דאיסור יניקה רק מפרק כלאחר יד · דזאת הסברא גילה התרצן כדאיתא בגמרא דמתרץ ליה מפרק כלאחר יד וכו' לפי זה אין שום נפקא מינה אם חולב לתוך הכלי או כשיונק החולה דאיסורי שניהם בשוין · ואין אחד חמור יותר מחבירו · משום הכי לא מצי אתיא כרבנן דרבי יהודה · א"כ לפ"ז אבא שאול סובר כרבי יהודה דיש דישה אף שלא בגידולי קרקע משו"ה פריך היכי דמי וכו' ואי דליכא סכנה אפילו ביו"ט אסור דהסברא דהוא מפרק כלאחר יד לא סלק אדעתיה · אך נכון דעל המקשן לא קשה הקושיא שהקשיתי · אבל קשה על התרצן דמאי צריך לתרץ שבת דאיסור סקילה גזרו ביה רבנן וכו' ולפירוש זה מוכרחים אנו לומר דאבא שאול פליג על רבי מאיר כמבואר בתוס' ד"ה שבת וכו' ור"י תירץ דקא דהכא פליגי וכן משמע התם כתובות (דף ס') דאמר הלכה כרבי מאיר מכלל דאיכא דפליגי עליו וכו' עכ"ל וכן מסיק התוס' בכתובות שם הא יכול לשנויה דהיינו טעמו דבשבת אסור לינק משום דאבא שאול אית ליה מוקצה והחלב יש בו איסור מוקצה לפי דעת הרמב"ן · אבל ביו"ט דליכא איסור מוקצה דהא יכול לשחוט הבהמה לאוכלה א"כ גם בהחלב ליכא איסור מוקצה משו"ה מותר לינק החולה וגם משום איסור מלאכה מותר לינק דהא מפרק כלאחר יד הוא ולפ"ז יכול לסבור אבא שאול כרבי מאיר דהא דהתיר רבי מאיר לינק אפילו בשבת משום דמיירי בנחלה מעו"ש וא"כ ליכא בהחלב איסור מוקצה כדכתבתי לעיל · וגם הרשב"א סובר כן עיין בחידושיו לשבת (בדף קמ"ד ע"ב) בד"ה הא דאמר וכו' · ומדלא משני התרצן באופן זה מוכרחים אנו לומר דמותר להאכיל

להאכיל לחולה שאב"ס דבר שיש בו איסור מוקצה · ולפ"ז אינו יכול לתרוצי באופן זה דא"כ יהיה קשה אפילו בשבת נמי · לכן מתרץ תירוץ אחר · ולשיטת התוס' יש גם מהמקשן ראיה דלשיטתם מאי המקשן לאוקמי כרבנן · נמצא דליכא איסור מלאכה ואפילו בשבת יהיה שרי משום זה א"כ קשה מאי פריך היכי דמי וכו' דיכולין לומר דבשבת יש איסור מוקצה לכן אסור להאכיל להחולה מה שאין כן ביום טוב · ומדקפריך שמע מינה דמוקצה שרי לחולה שאין בו סכנה · וכן דעת האו"ה מן הגאון רבי מוהרר יונה ז"ל בסימן נ"ט באות כ"ט וזה לשונו וכן אם אין לתינוק מה יאכל יכול לומר לעכו"ם שיבשל לו פאפא בשבת : ואם אין התינוק רוצה לאכול כי אם ע"י אמו השיב השר מקולי שמותר לאם להאכילו אפילו בתבשיל חלב שחלבו ובשלו נכרי בשבת · דהוה חולה שיש בו סכנה בשבת שאין רוצה לאכול ע"י אחר עכ"ל · ונראה מאחר שאין במאכילו אלא משום מוקצה ה"ה אפילו שאין בו סכנה ולרוותא דמילתא נקיט ניה עכ"ל הרי מבואר בדבריו שיש בחלב איסור מוקצה ומ"מ מסיק בסוף דבריו ה"ה אפילו לחולה שאב"ס · אך אפשר לפרש דקאי אתינוק אף אם הוא חולה שאין בו סכנה מותר ליתן לו שאסור משום מוקצה · אבל לגדול אף אם הוא חולה שאב"ס אסור ליתן · אך בעיני זה דוחק כיון דמצריך האו"ה שיהיה דוקא התינוק שאב"ס אינו סובר כהרשב"א בחידושיו ליבמות (בדף קי"ד) דבאיסורי דרבנן מותר להאכיל לקטן אף אינו חולה שאב"ס אלא סובר כדעת הרמב"ם והביאו המחבר בא"ח סימן שמ"ג סעיף א' שמבואר שם שאסור להאכילו בידים אפילו דברים שאסורים מדברי סופרים · וכיון שכן מה לי קטן ומה לי גדול לכן נראה דמה שכתב האו"ה ה"ה אפילו לחולה שאין בו סכנה קאי אפילו אגדול ולקח זאת הדין מיבמות (דף קי"ד) כמו שכתבתי לעיל כיון דהוא סובר דהחלב יש בו איסור מוקצה · אך ראיתי לשער המלך בפרק י"ב מהל' עכו"ם דלקטן והוא חולה שאב"ס שרי ליתן לו איסורה דרבנן · אפילו למאן דאסר לגדול לחשאב"ס · וגם אף למאן דאסור ליתן לקטן איסור דרבנן מ"מ היכא דאית בי' תרתי אחד שהוא קטן וגם שהוא חולה שאב"ס מותר ליתן לו איסור דרבנן · נמצא לפ"ז אין ראיה מאיסור ויותר דשרי איסור מוקצה לחשאב"ס אם הוא גדול · וגם ראיתי להרא"ה בבדק הבית בית שלישי שער שביעי שכתב וכן הדין במוקצה דאסור ודאי בחולה שאב"ס ואע"ג דשרינן לגונח לינק חלב בשבת לאו מוקצה הוא דהאי בשמה לא אתקצאי אלא מחמת איסור שחיטה ובכל מה דאפשר לאתהנויי בלא איסור שחיטה שרי ; אך כיון שבררתי שדעת הרמב"ן שבחלב יש בו איסור מוקצה והביאו הר"ן ולא חלק עליו משמע שדעתו ג"כ כדעת הרמב"ן וכן הוא דעת הרשב"א כרמב"ן וכן דעת המגן אברהם (בסימן ש"ה בס"ק י"ב) שבחלב יש בו איסור מוקצה וכיון שסוברים שיש איסור מוקצה יש ראיה ברורה לפענ"ד מיבמות (דף קי"ד) שמותר להאכיל לחולה שאב"ס דבר שיש בו משום איסור מוקצה והחולק עליהן לא מצינו רק דעת הרא"ה · לכן לפי עניית דעתי נראה שמותר להאכיל להחולה שאב"ס דבר שיש בו איסור מוקצה :

ומה שטען הגאון ר' עקיבא אייגר שם דהחלב אסור משום מתקן שזבו ע"ש באורך אף שכן מבואר ג"כ במגן אברהם בסימן תק"ה ס"ק ג' · מ"מ לע"ד נראה דאף אם נתיר דבר שגזרינן משום מתקן בזבו מ"מ אין מתירין להחולה שאב"ס דבר שיש בו משום מוקצה דבעלמא דבר שאסור משום מתקן שזבו שאנו מתירין משום דאינו מקרי דבר האסור כ"כ כיון דאין אסור רק משום גזירה דאם בכל העיר כולה אין סוחטין זאת הפרי אף דבעיר אחרת סוחטין זאת הפרי מותר המשקין שזבו מעצמם עי' בתוס' (שבת בדף קמ"ד ע"א) ד"ה מי דמי וכו' וגם עי' בתוספות שם (בדף נ"ב ע"א) בד"ה ואת"ל וכו' ע"ש וגם עיין בתוס' שם (בדף כ"ט ע"ב) ד"ה גזירה וכו' עיין שם אבל דבר שאיסורו משום מוקצה לאכול אינה משום גזירה דהאיסור משום הכנה ונקרא דבר האסור עיין ברים בילה · ונראה לפי עניית דעתי דזה טעמו של רב הונא דאיתא בשבת (בדף קכ"ח ע"א) איתמר בשר מליח מותר לטלטלו בשבת בשר תפל רב הונא אמר מותר לטלטלו רב חסדא אמר אסור לטלטלו רב הונא אמר מותר לטלטלו והא רב הונא תלמיד דרב הוה ורב כר' יהודה במוקצה סבירא ליה דאית ליה מוקצה · במוקצה לאכילה סבר לה כר' יהודה במוקצה לטלטל סבר לה כר' שמעון · דלכאורה צריך להבין הטעם דמאי שנא ולפי דברינו ניחא דבמוקצה לאכילה דאסור הטעם משום הכנה ונקרא ע"ז שם איסור אבל במוקצה לטלטל דאסור לטלטלו משום גזירה דאי מזלזלת בטלטול מזלזלת בהוצאה כדאיתא בשבת (דף קכ"ד ע"ב) וטלטול גופו לאו משום הוצאה הוא ועיין פירש"י שם וכן איתא בבילה (בדף ל"ז ע"א) אטו טילטול לאו צורך הוצאה הוא ע"ש וכיון דאין אסור לטלטל דבר המוקצה רק מחמת גזירה שמא יוציא לכן רב הונא לא סבירא ליה הך גזירה משו"ה מתיר לטלטל · וכדומה לזה מצאתי בים של שלמה בפרק אין צדין באות ה' ד"ה אמר וכו' ולא נראה לי כלל האי סברא בעלמא מה שגזרו איסור בדבר משום שמא יעשה או שמא יאמר איכא למימר בדבר דלא שכיח לא גזרו · אבל לרש"י דפירש משום שלא יהנה ממלאכת יו"ט ואין חילוק בין הביא בשבילו ללא הביא בשבילו דלא חש לשמא יאמר אלא שגנאי הוא לאדם שיהנה ממלאכת שבת א"כ אין חילוק בין שכיח ללא שכיח ומשו"ה נמי אמרינן גבי מבשל בשבת בשוגג לר"י ובמזיד לר"מ דאסור ביומא ה"ה נמי דאסור במ"ש עד כדי שיעשו משום שלא יהנה · וכמו שפירש רש"י בפרק קמא דחולין וכו' עכ"ל · וכיון שכן אף אם יש בהחלב איסור משום מתקן שזבו מ"מ אין ראיה מאבא שאול דמתיר ליונק בחולה שאב"ס ביו"ט דה"נ נתיר לו דבר שאסור משום מוקצה כי אין דומה האיסור זה לזה · אך כיון שבררתי שהחלב יש בו משום מוקצה קמה ראייתי וגם נלבה שיש ראיה מאבא שאול דמותר להאכיל החולה דבר שיש בו משום מוקצה ועוד כתב הגאון ר"ע אייגר שם באותו ענין שנראה להביא ראיה מדברי התוס' דשבת (דף ל"ה ע"א) ד"ה והרודה וכו' · אמנם הגאון ר' ליב ז"ל בשו"ת שאגת אריה כ' בפשיטות דשוחט בהמה ביו"ט שהיה טריפה מדרבנן לא עבר אדאורייתא כיון דמדאורייתא היא כשירה אמרינן הואיל (וכבר הארכתי בזה בדרשותי) אך נראה דצריך לזה ראיה גדולה דמסברא לא הוה נראה כן אף אם בעלמא אין דרבנן גורם לשויא דאורייתא עיין (משנה למלך פ"ז מהל' תרומות) מ"מ כיון דידעינן דאורחים בודאי לא יאכלו מזה יהיה מאיזה טעם שיהיה ממילא לא הוי אוכל נפש · דהא ודאי אין לומר דאמרינן הואיל ואקלעו אורחים וירצו לעבור על האיסור ויאכלו דאם כן גם באיסור דאורייתא נימא כן דהא אם האורחים יאכלו אוהו לא עבר למפרע דאכילת איסור הוי צורך קצת · כמ"ש תוס' ביצה (דף י"ב) גבי מבשל ג"ה ביו"ט וכו' עכ"ל לפ"ז יש ראיה מהתוס' שבת (דף ל"ה) הנ"ל שמותר להאכיל דבר שיש בו איסור מוקצה או פירות הנושרים · אך נלפענ"ד להביא ראיה לדברי הגאון בעל שאגת ארי' מהא דאיתא בבילה (דף ד' ע"א) אשפזיכנא דרב אדא בר אהבה הוי ליה הנך בלים מיו"ט לשבת אתא לקמיה אמר ליה מאי לאטווינהו האידנא ונכלינהו למחר א"ל מאי דעתך רב ור' יוחנן ס"ל כר' יוחנן אפילו ר' יוחנן לא קא שרי אלא למחר אבל ביומא לא והתניא אחת בילה שנולדה בשבת ואחת בילה שנולדה ביו"ט אין מטלטלין אותה לא לכסות בה את הכלי ולא לסמוך בה כרעי המוטה עכ"ל הגמרא ופירוש רש"י ע"ז בד"ה לאטווינהו לצלותן האידנא מי אסירי בטילטול בו ביום או לא נראה בעליל ברש"י מפרש שהשאלה הי' מי אסירי בטילטול אבל על זאת לא שאל אם הי' מונחת הבילה בקדירה שיש בה מים והקדירה עומדת על הכירה וכשמסיקין את הכירה נתבשלת הבילה הנ"ל ואינו צריכין לטלטל הבילה · כלל או כדומה לזה באופן אחר שאינם צריכין לטלטל הבילה · אלא ממילא היא נצלית פשיטא לו דמותר לצלות הבילה האידנא כהאי גוונא וגם רב אדא בר אהבה לא השיב לו רק באסור

שאסור בטלטול אבל לגלות הבילה בלא טלטול מותר אף האידנא וכן משמע ג"כ מדברי רש"י בדיבור השני מאי דעתך וכו' שרב אדא בר אהבה לא השיב נו רק שאסור לטלטל ולא יותר · ומה שפירש רש"י כן ולא פירש שהשאלה הי' אם מותר לגלות הבילה אף בלא טלטול · נלפענ"ד דהוכיח מהגמרא זאת מדאיתא שם. והתניא וכו' ואי השאלה הי' אם מותר לגלותן ועל זה השיב לו שאסור לגלותן אף בלא טלטול הא על זה ליכא שום ראי' מהברייתא דבהברייתא אינו מבואר רק דאסור בטילטול הבילה ולא יותר לכן פירש"י דהשאלה והתשובה היו על טלטול הבילה אבל לגלות הבילה בלא טלטול מותר · וכיון שמרש"י מוכח דמותר לגלות הבילה האידנא אף לר' יוחנן דאוסר להכול הבילה בו ביום משום משקין שזבו עיין (בדף ג' ע"א) שם מ"מ מותר לגלות · ור' יוחנן אית ליה דשבת ויו"ט שתי קדושות הן דמשו"ה אומר אם נולדה בזה מותרת בזה כמבואר שם ומאן דאית ליה שבת ויו"ט שתי קדושות הן ע"כ הטעם דגזרי שבת דנעשים ביו"ט משום הואיל אי מיקלעי אורחים כדאיתא בפסחים (דף מ"ו ע"ב) ועיין בפירש"י שם בד"ה מדאורייתא ודוק היטיב בפירש"י והמגלה כדברי וא"כ האיך מתיר רבי יוחנן לגלות האידנא הבילה אף דאסורה בו ביום משום משקין שזבו · מוכח מזה משום דאיסור זה אינו אסור רק מדרבנן ואמרינן הואיל אי מקלעי אורחים ויעברו על איסור דרבנן ויאכלו ופירש"י מוכח מגמרא כמו שהוכחתי · וא"כ יש ראיה לדברי הגאון בעל שאגת ארי' דאמרינן הואיל כי האי גווני ועי' שבת (דף קל"ד ע"א) לחולה וכו' וברב המאירי שם · אחר כתבי זאת מצאתי בישועת יעקב סי' תק"ס וכ' טעם נכון לזה וא"כ אין ראי' מתוספת שבת (דף נ"ה) דמותר להאכיל להחולה שאב"ס פירות הנושרין בשבת או דבר מוקצה כמו שכתב הגאון ר"ע בעצמו שלדברי הגאון בעל שאגת ארי' אין ראיה · עוד כתב הגאון ר"ע שם שלכאורה ראיה להיפך מדברי התוס' סוכה (דף י' ע"ב) ד"ה עד מוצאי יו"ט האחרון שהביאו ראי' דלא אמרינן מיגו דאיתקצאי מחמת יום שעבר מסוגיא דעירובין בנגין של טבל דאי לא בעי סעודה הראויה מבעוד יום היה מותר לערב בו דמשתתקן הוי סעודה ראויה דמותר לאכלו ולא אסרינן משום מוקצה דהוה מחמת יום שעבר וע"ש ואם איתא דס"ל להתוס' דאיסורי אכילה דיומא שרי לחולה שאין בו סכנה וככל שבותים מנ"ל להוכיח דלמא משו"ה הוי עירוב דהוי סעודה ראויה לחולה שאב"ס כמו דמערבין לנזיר ביין הואיל דחזי לאחרינא והא דאין מערבין בטבל דרבנן היינו משום דאיסורי דרבנן אף לחולה שאב"ס אסור אבל בנגין דאסורין רק משום מוקצה הותרו לחולה שאב"ס · אמנם נראה דיש לדחות די"ל דס"ל מסברא דמה שמותר לחולה רק משום רפואה או שלא יכבד עליו החולי מחמת רעבון זהו לא מיקרי סעודה הראוי' וכו' עכ"ל ונראה לפי עניות דעתי להביא ראיה לסברתו מהא דאיתא בשבת (דף ח' ע"א) איתביה וכו' וזימנין מבני ליה הוא בר"ה ועירבו בכרמלית ור' היא דאמר כל דבר שהוא משום שבות לא גזרו עלי' בין השמשות וכי האי גוונא איתא בעירובין (דף ל"ב ע"ב) אלא נתכוין לשבות למטה והא קא משתמש באילן לעולם דקאי ברה"ר ונתכוין לשבות למטה ורבי הוא דאמר כל דבר שהוא משום שבות לא גזרו עליו בין השמשות אמר להו רב נחמן וכו' עכ"ל הגמרא וכי האי גוונא איתא שם (בדף ל"ד ע"ב) ואי אמרינן דהוה עירוב משום הואיל דחזי לחולה שאב"ס אמאי צריך הגמרא לתרץ הא מני רבי היא דאפילו אם נאמר דאתיא כרבנן מ"מ הוי עירוב לפי דברי הפוסקים הרמב"ם והטור דמותר לישראל לחלל שבת במידי דרבנן לצורך חולה שאב"ס כמבואר בב"י סימן שכ"ח באורח חיים וזה דעה א' בשולחן ערוך סימן הנ"ל מותר לישראל להביא עירוב להכרמלית או מן האילן לצורך חולה שאב"ס א"כ הוי. לפ"ז הוא ועירובו במקום אחד אף שכתבו התוס' בעירובין (דף כ"ז) בד"ה מפני על הא דאיתא במשנה ר' יהודה אומר אפילו בין הקברות מפני שיכול לחוץ ולילך ולאכול פירש שמותר להניח כהן עירוב בבית הקברות מפני וכו' וכתבו ע"ז התוס' אבל אי לאו הכי לא הוי עירוב אע"ג דחזי לישראל משום דהוי הוא במקום אחד ועירובו במקום אחר והיינו טעמא דת"ק דלא הוי עירוב ולא משום דס"ל כסומכוס עכ"ל התוס' · אלמא דכו"ע סוברים דלענין דבעינן הוא ועירובו במקום אחד בעינן דוקא דהוא יכול להיות ולא סגי דאחרינא יכולים להיות · מ"מ הא גם כאן הוא בעצמו יכול להביא עירוב להחולה שאב"ס והוי הוא ועירובו במקום אחד וכ"ת דבעינן דוקא שיאכל את עירובו במקום שמניח את העירוב והיכא שלצורך עצמו אינו יכול להביא העירוב ולאכול רק לצורך החולה לא הוי עירוב הא מוכח מדברי התוספות דהכא שכתבו מיהו ר' יהודא משמע דסובר כסומכוס מדקאמר ולאכול וכו' עכ"ל דמשמע דוקא דלסומכוס בעינן דחזי לאכול הוא בעצמו אבל לת"ק לא בעינן דחזי לאכול רק שיכול להיות הוא ועירובו במקום אחד · שנית דהא אם הותיר החולה מאכילת העירוב מותר הוא בעצמו לאכול המותר וא"כ לפ"ז אמאי מוקים הגמרא דאתיא כרבי הא יכולין לאוקמא דאתיא כרבנן נמי כיון דמותר לחלל שבת אפילו לישראל לפי דיעה זו ·

ונלפענ"ד דאליבא דכו"ע מותר לחלל שבת בין השמשות אף לרבנן דאמרו דגזרו על שבות בין השמשות · אלא ודאי מאי דחזי להחולה שאב"ס לא מיקרי סעודה הראוי' מבעוד יום משו"ה מוקים הגמ' דאתיא כרבי · לפ"ז אין ראיה מתוס' סוכה הנ"ל דאסור להאכיל לחולה שאב"ס דבר שיש בו איסור מוקצה · אבל יש לנו ראיה מסוגיא דיבמות הנ"ל מתבא שאול דמותר להאכיל לחולה שאב"ס דבר שיש בו משום מוקצה כדכתבתי לעיל ומדי דברי מדברי התוס' סוכה הנ"ל אכתוב מה שקשה לי בדברי התוס' זה זמן כביר הא אמרינן בביצה (דף ל"ד ע"ב) דטבל מוכן הוא אלא שבת שאם עבר ותקנו מתוקן וכן איתא בזה הלשון (בדף ל"ה ע"א) שם וכן איתא בשבת (דף מ"ג ע"א) והטעם מפני מה לא אמרינן מגו דאתקצאי לבין השמשות אתקצאי לכולה יומא כדהקשו התוס' בשבת שם ד"ה טבל עיין בתוס' עירובין (דף ל"ד ע"ב) ד"ה נוטל ובתוס' ביצה שם ד"ה הא · וכש"כ היכא שאינו מחלל שבת כלל בהפרשתו כגון דאמר מבערב שבת הרי זה תרומות מעשר לכשתתקן עיין שם דמיירי בכי האי גוונא הא בודאי לא אמרינן מיגו דאיתקצאי לבין השמשות אתקצאי לכולה יומא ודכוותא בזה שנים רבות שראיתי הקושיא הזאת באיזה ספר ואיני זוכר שמו :

פרק יג

עוד ראיתי להגהות אדם בכלל ע"א ועוד ראיה דאיסור דרבנן אסור לחולה שאין בו סכנה מהא דב"ק (דף פ') ותמורה (דף ט"ו) מעשה בחסיד אחד שהיה גונח והביאו עז וקשרו כו' ונכנסו רבנן לבקרו ואמרו לסטין מזוינין כו' וא"ל דהוי חולה שיש בו סכנה דא"כ מאי הוה דלסטין מזוינין אע"כ דאין בו סכנה כדאיתא בכתובות גונח יונק כו' דהוי מפרק כלאחר יד הרי להדיא דאסור לחולה שאב"ס שהרי זה דאין מגדלין בהמה דקה אינו אלא מדרבנן לכאורה· גם מראיה שלו יכולים להוכיח דגם איסור מוקצה אסור ליתן לחולה שאב"ס דהא האיסור דאין מגדלין בהמה דקה אינו נוהגת בכל מקום אלא דוקא בארץ ישראל וכש"כ איסור מוקצה שנוהגת בכל מקום דאסור ליתן · אבל נראה לי דיש שתי תשובות בדבר דאינו ראיה אפילו לאיסור דרבנן שנוהגת בכל מקום ולעולם · ואינו מותר לאחר זמן · חדא דהא איסור דאין מגדלין בהמה דקה הטעם שמבעיר את השדות וכל שדות הארץ ישראל (היו בימים הקדמונים) שממון דישראל וא"כ לפ"ז אסור לגדל בהמה לצורך רפואה דמציל עצמו בממון חבירו כדאיתא בב"ק (דף קי"ז ע"ב) ההוא גברא דהוה מפקידו ליה כסא דכספי סליקו גנבי עלייהו שקלו יהבה נהלייהו אתא לקמיה דרבה פטרוה א"ל אביי האי מציל עצמו בממון חבירו הוא אלא אמר רב אבי כו' עכ"ל הגמרא וכן איתא בסנהדרין (דף ע"ד ע"א) אבל לשאר איסור דרבנן שאיסורו נוהג בכל מקום ואיסורו לעולם יכולין לומר דמותר להתרפאות החולה שאין בו סכנה

כיון דאין שייך בזה לומר מציל עצמו וכו' · שנית דאיתא בגיטין (דף ח' ע"ב) וקונה שדה בסוריא כקונה בפרוארי ירושלים למאי הלכתא אמר רב ששת לומר שכותבין עליו אונו ואפילו בשבת · בשבת ס"ד כדאמר רבא אומר לעכו"ם ועושה ה"נ אומר לעכו"ם ועושה ואע"ג דאמירה לעכו"ם שבות משום ישוב ארץ ישראל לא גזרו רבנן וכתבו התוס' ע"ז בד"ה אף וכו' אבל משום מצוה אחרת לא הוינו מתירין אמירה לנכרי במלאכה דאורייתא כדמוכח בפרק הדר (דף ס"ח) וכו' ולכאורה משמע דביום המילה הי' שצריכין לחממו כדי למולו וכו' עכ"ל התוס' · הרי חזינן מכאן דמצוה משום ישוב ארץ ישראל גדולה ואפילו ממצות מילה שהיא דאורייתא כי לצורך מילה אסור לחלל שבת ע"י אמירה לעכו"ם · אפילו למאן דחולק ע"ז ומתיר לחלל שבת ע"י אמירה לעכו"ם לצורך מצוה אחרת כמבואר בתוס' שם ועיין בשולחן ערוך א"ח (בסימן רע"ו סעיף ב' ברמ"א) סבירא להו דמצות ישוב ארץ ישראל ומצוה אחרת שוין המה · וגם מה שמבואר ברמ"א שם דמותר לומר לעכו"ם להדליק נר לסעודת שבת היינו ג"כ משום שמצוה מדברי קבלה דכתיב וקראת לשבת עונג עיין בפסחים (דף ס"ח ע"ב) ועיין ברש"י בשבת (דף כ"ה ע"ב) ד"ה חובה וכו' שאין סעודה חשובה אלא במקום אור דאין סברא שיהיה נחלקים שני הדיעות בפלוגתא רחוקה · והא דאין מגדלין בהמה דקה משום ישוב ארץ ישראל כמבואר פירש"י שם על המשנה · וזאת הוכחתי שהיא מצוה גדולה כמצוה דאורייתא נמצא דאיסור לגדל בהמה דקה הוה ג"כ כמו איסור דאורייתא לכן אסור להתרפאות בחשאב"ס אבל שאר איסור אף שנוהג בכל מקום וגם אין יש היתר לאיסורו בשום אופן מ"מ מותר להאכיל לחשאב"ס · ואין מזה שום ראיה לאיסור אפילו איסור כזה :

ועוד ראיתי לגמגם אדם שהביא ראיה דלחולה שאב"ס אסור אפילו איסור דרבנן ואפילו דבר שאינו אסור אלא משום גזירה מהא דפסק בש"ע יו"ד בסימן פ"א בתינוק שפירש ג' ימים דדוקא משום סכנה מותר להחזירו אבל בחשאב"ס אסור וכמו שכתב הש"ך שם בהדיא ס"ק כ"א · ודין זה נובע מירושלמי הביאו הב"י והתם אפילו בגדול אינו אסור אלא משום דאתי לאחלופי · ואפ"ה אסור אפילו לקטן וחולי שאב"ס · לכאורה מוכח ג"כ מראיה שלו דאסור להאכיל לחולה שאין בו סכנה דבר שיש בו משום מוקצה דהא חלב האשה כשפירש מן האשה והוא בתוך כלי מותר החלב ואינו אסור החלב רק כשיונק מהדד של האשה ואפילו הכי אסור ה"נ דבר שיש בו משום מוקצה אף שיש היתר לאיסורו אסור · אך נראה לפי עניות דעתי שאין ראיה מכאן · ומקודם אכתוב מה שראיתי שהקשו לשיטת רשב"א ור"ן ריש פרק יה"כ שכתבו ומותר להאכיל לקטן מידי דצריך לו באיסור דרבנן אפילו רק לתענוג שהרי בירושלמי איתא להדיא דדוקא מפני הסכנה מותר אע"ג דאין זה רק איסור דרבנן · וכדי לתרץ קושיא הזאת אמרתי דהנה איתא ביבמות (דף קי"ד ע"א) אריכותא על הא דכתבה התורה שלשה פסוקים להזהיר גדולים על הקטנים גבי שקצים וגבי דם וגבי טומאה וזה לשון הגמרא וצריכא דאי אשמעינן שקצים משום דאיסורן במשהו אבל דם דעד דאיכא רביעית אימא לא ואי אשמועינן דם משום דאיכא כרת אבל שרצים אימא לא ואי אשמועינן הני תרתי משום דאיסורן שוה בכל אבל טומאה וכו' עכ"ל הגמרא · וחלב אף של בהמה טהורה אי לאו דחידשה התורה ואמרה דמותר הוי אמינא דאסור משום שיש בהחלב שלשה איסורן איסור חלב ואיסור דם ואיסור שיוצאת מן החי ומה שיש איסור יוצאת מן החי בהחלב מבואר בבכורות (דף ו' ע"ב) ואיסור דם שיש בהחלב ג"כ מבואר שם למאן דאמר דם נעכר ונעשה חלב אך אנן לא פסקינן כמאן דאמר הזה עיין ביו"ד (סימן קפ"ט בסעיף ל"ג) · אך נראה לי דאפילו למאן דפליג על המאן דאמר דם נעכר ונעשה חלב אפילו הכי מודה דיש בהחלב איסור דם דהא מבואר ביו"ד (בסימן י"ד בסעיף ה') עובר שהוציא אבר וחתך האבר ואח"כ נשחטה האם והוציא העובר והרי היא

נקבה · החלב שלה אסור לשתותו הואיל והוא בא מכלל האברים ויש בה אבר אחד אסור והרי זה כחלב טרפה שנתערב בחלב כשירה · וכתב על זה הט"ז בס"ק ז' דלשון המיותר כאן בש"ע ע"פ הרמב"ם הוא מורה על ענין אחר דהיינו דבגמרא איתא תחילה בעיא לענין זרע הנולד מאותו איסור יוצא אי אסור מכח שבא מאיסור אי לא ואסיקנא דכל מכח לא אמרינן ושרי אלא דבעיא הוא לענין לשתותה ע"כ נשמע מרמב"ם דלא נעשה לומר שהחלב בא מכח האברים שכן משמע הלשון לכאורה שכתב תחילה הואיל והוא בא מכלל האיברים א"כ הוה כמו מכח האברים וזה אינו דכל מכח שרי אלא החלב בא ממש בעין מן האברים · כאילו יונקים בפנינו חלב · וזה שכתב וה"ז כחלב טריפה שנתערב כו' פירוש חלב בעין ממש נתערב ולא כח בלבד כענין הולד הנולד · לפ"ז נראה לענ"ד שאי לאו שאמרה תורה דחלב בהמה טהורה מותר הוה אמינא דאסור משום דמעורב בו איסור חלב ודם שבודאי חלב ג"כ בא מחלב ודם כמו שבא משאר אברים דמה חילוק יש בין זה לזה דנאמר שלא בא החלב מחלב ודם והרי הוא כמו שנתערב חלב ודם בעין ממש אלא דהתורה התירה וחידוש הוא שחידשה התורה דחלב מותר · ואין להקשות לפ"ז דפריך הגמרא בבכורות שם הניחא למאן דאמר דם נעכר ונעשה חלב אלא למאן דאמר אבריה מתפרקין הימנה ואין נפשה חוזרת עליה עד עשרים וארבעה חדשים מאי איכא למימר ומשני הגמרא אצטריך סד"א הואיל וליכא מידי דאתי מחי ושרייה רחמנא והאי חלב כאבר מן החי הוא ושרי עכ"ל הגמרא ולפ"ז קשה אמאי לא משני הגמרא דהחידוש הוא שיש בהחלב איסור חלב ודם מעורב בו · ואפ"ה התירה התורה ולא נוכל לתרץ כיון דמין במינו בטילה מן התורה ברוב והכא אף במעורב בו איסור חלב ודם מין במינו הוא כמו שכתב הש"ך שם בס"ק י"ב ואם כן ליכא לאוכחי דהחידוש הוא מחמת שמעורב בו איסור חלב ודם · דזה אינו · דמה שכתב הש"ך דמין במינו הוא התם קאי על מה שמעורב בהחלב איסור יוצא שבא החלב מאבר של בשר שיצא לכן מקרי שפיר מין במינו דודאי החלב שבא מאותו אבר של בשר שיצא שוה בטעמו לשאר החלב שבא מכח שאר בשר האברים של הבהמה כיון שכניסה בשר · אבל הכא שבא החלב מחלב והדם בודאי אינו טעמו שוה לשאר החלב שבא מכח הבשר והחוש מעיד על זה שזה חלב ודם וזה בשר · ולענין מין בשאינו מינו האיסור עד ששים אזלינן בתר טעמו דאם אין טעמם שוה נקרא מין בשאינו מינו כמבואר בש"ך (בסימן צ"ח ס"ק ו') וכן פסקו האחרונים שאחר הש"ך · א"כ לפ"ז הקושיא במקומה עומדת למה לא משני הגמרא דהחידוש הוא דיש בהחלב איסור חלב ודם · ויש לתרץ דמפני זה לא אמר הגמרא זה החידוש דנוכל לומר דקים ליה להתורה שיש בהחלב המותר ששים כנגד איסור חלב ודם המעורב בה לכן מותר החלב לכן משני הגמרא שיש חידוש אחר בהחלב · וכ"ת דעדיין יכול הגמרא לשנויי דהחידוש הוא מכח שיש בהחלב איסור חלב ודם ומה שאמרנו דקים ליה להתורה דבטלה בששים לפי מה שכתב המרדכי בפרק הזרוע והלחיים דס"ל היכי דהיתר תיכף מעורב עם איסור כמו יבמה שרקקה דם בתיכף מעורב בו לחלוחי רוק וכדומה לא שייך בו שום ביטול ואף זה כמוהו כי תיכף בהיות החלב איסור והיתר מעורבים ולא שייך בזה שם ביטול · די"ל דכבר כתב הכו"פ בסימן י"ד על קושיא אחרת בשם הרב הכולל רבי חיים אלפנדרי ז"ל שדעתו שהחלב עומדת תחילה בפ"ע בתוך כל אבר ואבר ומתקנה שם החלב ואח"כ כולם יורדים לתוך הדד ע"ש לכן צריך הגמרא לחפש למצוא חידוש אחר · אך כיון דמוכרחים אנו לומר מה שהחלב מותר הוא חידוש שיש בהחלב איסור שיוצאת מן החי כדמשני הגמ' נוכל לומר דאין בהחלב ששים נגד האיסור חלב ודם שמעורב בהחלב ואפ"ה התירה התורה כמו שהתירה התורה האיסור שיוצאת מן החי · וכיון שכן שבררתי שיש בהחלב איסור חלב ודם וגם איסור שהוא יוצא מן החי וגם חכמים אסרו

חלב

חלב האשה לינק משום דהוה כיונק שקץ · נמצא לפ"ז דיש בהחלב אשה מעורב ד' איסורים לכן אסור אף לדעת הרשב"א בסובר דאיסור דרבנן מאכילין לקטן · אבל הכא בהחלב כיון דאיסור במשהו כיונק שקץ וגם יש בו איסור כרת מחמת שיש בו איסור חלב ודם ומחמת חומרא אחת מאלו אמר הגמרא ביבמות הנ"ל שלא נוכל לילף זה מזה שמחויבים הגדולים להזהיר על הקטנים לכן הכא בהחלב אסור ליתן התינוק לינק כיון דחמיר כ"כ דיש בו איסור שקץ ואיסור כרת ונתוסף לזה איסור מן החי · ומה שמבואר בגמרא דכתובות (דף ס' ע"א) דטעם דאסור להחזיר התינוק לינק משום דהוה כיונק שקץ דלכאורה משמע דמשום זה לבד אסור · די"ל דהגמרא דנקט הלשון כיונק שקץ כדי לרמז הטעם מפני מה אסור להחזיר להתינוק לינק משום דאתי לאחלופי ולינק מחלב בהמה טמאה כמבואר באחרונים ומפני טעם זה אסרו חכמים חלב אשה - וממילא ידעינן כיון דאסרו חכמים החלב אשה מפני טעם כיונק שקץ ממילא מובן שהדרא לכל איסורין שמעורב בהחלב היינו גם חלב ודם דכל דתקנו רבנן כעין דאורייתא תקינו ובדאורייתא ג"כ מצינו כן כדאמרינן בבכורות (דף ט"ו ע"ב) גבי פסולי המוקדשין דהיו לוקין על הגיזה אע"ג דלא ידעינן איסור גיזה רק מדכתיב תזבח ולא גיזה דהיינו לאו הבא מכלל עשה דאין לוקין אלא מ"מ כיון דאהדרא אהדרא לאיסורו קמא ללאו שהיה בו מקודם שנפסול · וה"נ כמו כן כיון דאסרו רבנן חלב אשה מפני דאתי לאחלופי ולינק מבהמה טמאה והוצרכו חכמים לאסור כיונק שקץ אהדרא לכל איסורין שמעורב בחלב דהיינו חלב ודם ועיין תוס' ביצה (דף י"ב ע"ב) ד"ה השוחט ועיין עוד בתוס' חולין (דף נ"ח) ד"ה אמר ר' יוחנן והבריאה אינם סותרין לדברי כמבואר למבין · לכן גם ראיה שכתב הנשמת אדם להוכיח מהא דאם פירש התינוק מלינק מן האשה אינם יכולים להחזירו אלא דוקא אם סכנה בהתינוק אז מחזירין אפילו אחר כמה ימים · דאסור להחולה שאב"ס איסור דרבנן · לפי דברינו אין ראיה דשם בחלב האשה כיון דחמור כ"כ שיש בו ארבעה איסורין כדכתבתי לכן אסור להחזיר התינוק שינק מן האשה אם אין בו סכנה · אבל שאר איסורין דרבנן שאין בו אלא חדא איסורא מותר ליתן לחולה שאב"ס :

חוץ לדרכנו אמרתי לתרץ הקושיא שהקשה לפי דעת הרשב"א שמותר להאכיל להתינוק איסור דרבנן לצורכו למה אין מחזירין התינוק לינק כנ"ל · דהא איתא בירושלמי פ"ג דדמאי רבי זריקין שמעון בר ווא בשם רבי יוחנן רופא חבר שהיה מאכיל לחולה ע"ה נותן לתוך ידו ואינו נותן לתוך פיו בדמאי אבל בודאי אפילו לתוך ידו אסור משל חולה · אבל משל רופא אסור בישראל ופירש המפרש שם משל חולה הוא אבל של רופא הוא אסור לחבר ליתן לע"ה דבר שאינו מתוקן שהרי הוא חוזר ומשלם לו ואינו דרך לדקה וגמילות חסדים הרי מצינו אף דמותר להאכיל דוקא לתוך ידיו אבל ליתן לתוך פיו אסור כמבואר בירושלמא הנ"ל · וא"כ אף דמתיר הרשב"א להאכיל לקטן איסור דרבנן דוקא ליתן לתוך ידיו של התינוק מותר דמה שיאכל התינוק א"כ הוא עושה זאת מעצמו ולא מחמת הגדול דהגדול נתן רק לתוך ידיו של תינוק · אבל ליתן לתינוק לינק מדדי אשה לתוך פי' של התינוק ממש אסור אם אב"ס בהתינוק · וגם ראיתי למ"ל שמקשה ג"כ על הרשב"א הנ"ל בהלכות מ"א בפרק י"ז ה"ל כ"ז מהא דאיבעי לן בר"פ הערל קטן ערל מהו לסוכו שמן של תרומה כו' · ולסוכו לזר כפי סברת רוב הראשונים ז"ל הוא מדרבנן וקרא דלא יחללו אסמכתא בעלמא ולפי דברי הרשב"א מאי קמבעיא ליה כיון דסיכה לזר הוא רק מדרבנן והוא סבירא ליה דאיסור דרבנן מותר לקטן · ונראה לי לתרץ דאע"ג דתרומה אינה מאיסורי הנאה מ"מ הנאה של כילוי אסור בתרומה כמבואר בתוס' בפרק במה מדליקין (דף כ"ו ע"א) ד"ה אין וכו' דכתבו דילפינן לה מטבל דאמרינן התם אין מדליקין בטבל טמא

דאמר קרא ואני הנה נתתי לך משמרת תרומותי בשתי תרומות הכתוב מדבר אחת תרומה טהורה ואחת תרומה טמאה מה תרומה טהורה אין לך בה אלא משעת הרמה ואילך אף תרומה טמאה אין לך אלא משעת הרמה ואילך וביאר המ"ל בפרק שני מהל' תרומות הל' י"ד כוונת התוס' דהכי היכי דתרומה טהורה לא אכילתה כי אם משעת הרמה ואילך אבל מקודם לכן לא משום דטבל אסור באכילה אף תרומה טמאה אכילתה דהיינו הדלקה כיוצא בו לא הותר כי אם משעת הרמה ואילך אבל קודם לכן לא משום דטבל אסור בהנאה של כילוי ואם הרשב"א סובר כסברת התוס' בודאי לא קשה דמבעי הגמרא אם מותר לסוך לקטן ערל שמן של תרומה כיון דהוה הנאה של כילוי אסור · או דילמא לא מעכבא ערלות שלא בזמנה · ואף לפי הסברא שאומרים שהנאה של כילוי בתרומה אינו אסור רק מדרבנן כפי שמבואר במשנה למלך לפי אשר כתבנו לעיל מתורץ גם זה דסיכה הוא כשתי' כידוע והוה כנותן לתוך פיו דאסור כמו שמבואר בהירושלמי הנ"ל שהבאתי לעיל עוד הקשה המ"ל בהלכות שם מהא דאיתא בר"פ אלו מגלחין דאמר שמואל קטן שנולד במועד מותר לגלח שאין לך בית האסורים גדול מזה במועד אין מעיקרא לא · ואיסור גילוח במועד רק מדרבנן ולפי דברי הרשב"א הנ"ל קשה אמאי אינו מותר לגלח הקטן במועד נולד מעיקרא · ונראה לפענ"ד לתרץ דהא דאסרינן לגלח הקטן במועד מוכח מדברי הרא"ש שם בסימן מ"ט שלא יכנס מנוול לרגל ויהיה דעתו של הגדול קצה בשיראה שהקטן יהיה מנוול בשערות גדולות ומדברי הר"ן שם למדתי עוד טעם אחר דגזרינן קטן אטו גדול עיי"ש א"כ לפ"ז לא שייך להקשות כלל לדברי הרשב"א · והא דמוסיף רבי פנחס מברייתא כל אלו שאמרו מותר לגלח במועד מותר לגלח בימי אבלו הא אסור לגלח במועד אסור לגלח בימי אבלו ואי אמרת קטן אית ביה פלוגתא נמצאת אבילות לקטן עכ"ל הגמרא ולפי מה שכתבתי הא דאסור לגלח הקטן במועד הגדול עובר האיסור ולא הקטן כלל וא"כ ה"נ אם אסור לגלח הקטן בימי אבלו האיסור קאי על הגדול שלא יסיח דעתו מאבילות כשמגלח הקטן · לכאורה שוין אהדדי חוה"מ ואבל באיסור המלאכה כדמדמי הברייתא מועד ואבל וכיון שכן אמאי מתיב רבי פנחס דנמצאת אבילות נוהגת בקטן דהא לא מחמת איסור אבילות שנוהגת בקטן אסור לגלח מחמת כשמגלח הקטן מסיח הגדול דעתו מאבילות משו"ה אסור י"ל דהכי פריך כיון דהא דאף במקום דאסור לגלח הקטן בימי אבלו מכל מקום אחר מותר לגלח אם כן לא שייך כללא דכל אלו דאסורים לגלח במועד דהתם לכל אדם אסור והכא רק לאבל בלבד :

ומה שמקשה עוד המ"ל שם מהא דאמרינן ר"פ בנות כותים (דף ל"ב) תרומות חוץ לארץ אסור לסוך לתינוקת כו' ע"כ יש ליישב כמו שיישבתי לעיל הסוגיא דר"פ הערל שלא תקשה ע"ד הרשב"א :

עוד הביא הנשמת אדם ראיה דלחולה שאב"ס אסור ליתן לו אפילו איסור דרבנן מהפסק הרמב"ם פרק י' מהל' מעשר הל' י"ג שאסור לרופא חבר להאכיל לעם הארץ מדמאי של הרופא ואפילו של חולה דווקא ליתן לידו ולא לפיו עי"ש והוא מירושלמי ובודאי דהתם איירי לחולה שאב"ס עי' בתוס' יו"ט פ"ג דדמאי משנה א' כתב דבעניים הקילו יותר מבחולה ע"ש ודמאי אינה אלא מדרבנן ולכאורה גם ראיה זאת מוכח דאסור ליתן להחולה שאב"ס דבר שיש בו איסור מוקצה דאיסור מוקצה חמור מאיסור דמאי דהא חזינן דדמאי מותר להאכיל לעניים ומוקצה בודאי אסור לעניים להאכיל דאם תאמר דגם מוקצה מותר להאכיל לעניים א"כ יהיה מותר לטלטל דבר שיש בו איסור מוקצה כדאיתא בשבת (דף קכ"ו ע"ב) במשנה ובגמרא שם (בדף קכ"ז ע"ב) דמאי הא לא חזי ליה כיון דאי בעי מפקיר ליה לנכסיה והוה עני חזי ליה השתא נמי חזי ליה דתנן כו' עכ"ל הגמרא · וכיון שכן לכאורה מוכח מראיה שהביא הנשמת אדם דגם דבר שיש

בו איסור מוקצה אסור ליתן לחולה שאב"ס וכש"כ דמאי באסור · אך נראה לי דמירושלמי אין ראיה דאסור ליתן לחולה שאב"ס דמאי דהירושלמי איירי שאפשר לחולה שאב"ס לאכול דבר מתוקן בודאי עי"ש דו"ק ותמצא כדברי אך משום דהוה אמינא דמותר ליתן לחולה שאב"ס דמאי אפילו היכי שאפשר לאכול דבר מתוקן כמו דשרינן להחולה שיש בו סכנה לחלל את השבת אף היכי דאפשר לעשות בענין אחר לכמה דעות כמבואר בשולחן ערוך א"ח בסימן שכ"ח סעיף י"ב) דהוה אמינא דחכמים עשו דבריהם כמו שעשה התורה כדאמרינן בכל מקום כל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון קמ"ל דאסור וא"כ לפ"ז אין ראיה מרמב"ם ומירושלמי דאסור ליתן לחולה שאב"ס דמאי וכיון שכן קמה ראייתי וגם נלבה שמוכח מסוגיא דיבמות (דף קי"ד) הנ"ל מהא דהתיר אבא שאול לינק מבהמה טהורה ביו"ט שמותר להאכיל החולה דבר שיש בו משום מוקצה כיון דיש היתר לאיסורו שלאחר שבת ויו"ט יהי' מותר וגם הגאון ר' עקיבא אייגר בתשובותיו הם הסכים לדינא כדברי. אך מטעם אחר כדכתבתי לעיל ועיין בתשובותיו שם מבואר באורך :

העולה מדברינו שאיסור מוקצה האיסור שלו אינו חמור כ"כ כמו שאר איסורין דרבנן כיון שיש היתר לאיסורו וכיון שכן יכולין לומר אף שכתבתי לעיל דאין מבטלין איסור לכתחילה רק באין כוונתו לבטל ולא יהי' נחשב הדבר שמבטל בעיני המבטל אז מותר מ"מ בדבר שיש היתר לאיסורו באיסור דרבנן מבטלין אותו לכתחילה אף אם יהיה כוונתו לבטל רק שלא יהיה נחשב בעיני המבטל כמו דמלינו קולא אחרת מה שהקילו רבנן בדבר שיש היתר לאיסורו. גבי חולה שאין בו סכנה משאר איסורי דרבנן גם בזה יהי' קל יותר משאר איסורי דרבנן וכל מה שמתיר בתוספתא דדמאי פרק ג' שהביא המשנה למלך בהלכות מעילה (פרק שביעי הלכה ו') שכבאתי לעיל הוא דבר שאינו נחשב בעיני המבטל כיון דיש היתר לאיסורו לא מקרי הפסד (כמבואר ביו"ד בסימן ק"ב סעיף ד' וע"ש בש"ך ס"ק ח') וגם מה שמבואר בתוספתא שם דמערפים פירות חוץ לארץ על פירות שנייה כדי שירבו על פירות שלישית לפוטרן מן מעשר עני ג"כ לית ליה פסידא לר' אליעזר כדאיתא בנדרים (דף פ"ד ע"ב) אמר ליה אביי דכו"ע ספקו טבל ורבי אליעזר ורבנן בהא קמפלגי ר"א סבר לא נחשדו ע"ה על מעשר עני כיון דאילו מפקרא נכסי והוי עני ושקל ליה הא לית ליה פסידא וכו' עד כאן לשון הגמרא · וכיון שביררתי שכל מה שמתיר בתוספתא לבטל במתכוין הוא דבר שאינו נחשב בעיני המבטל וכיון שאינו נחשב לא יבוא לעשות כן פעם אחרת לבטל ולזלזל באיסורין דהא אינו נחשב הדבר שמבטל בעיניו · כן נראה לכאורה הטעם של התוספתא · ולפ"ז אין אנו צריכים לומר דהתוספתא מיירי בספק טבל ובספק שביעית אף שהוא דוחק מ"מ מוכח הוא דאל"כ יהיה קשה למה מתיר התוספתא לבטל לכתחילה ולפי זה יהיה ראיה מהתוספתא בדבר שיש לו מתירין היכא דלא איתחזק איסורא בטל כדברי המשנה למלך אבל לפי מה שכתבתי דדבר שיש לו מתירין יוכל לבטל לכתחלה אין אנו צריכים לאוקמיה שהתוספתא מיירי בספק טבל · וכ"ת דמחמת קושיא אחרת מוכרחים אנו לומר דהתוספתא מיירי בספק טבל דאם לא כן יהיה קשה התוספתא הא קי"ל דבר שיש לו מתירין לא בטיל ובתוספתא אמרינן דבטל אלא ודאי מיירי בספק דבר שיש לו מתירין כגון ספק טבל · זה אינו דגם בספק לא בטל דאיתא בביצה (דף כ"ד ע"א) ספק מוכן אסור ומוכח שם מעמוד ב' דאסור אפילו לטלטל וכן פסקו בשולחן ערוך בא"ח סימן תצ"ז סעיף ג' · ואיתמא בדבר שיש היתר לאיסורו אם אינו נחשב בעיני המבטל מותר לבטל לכתחלה אפילו אם כוונתו לבטל יהיה קשה אמאי אסור ספק מוכן בטילטול הא יכול לבטל בדבר המוכן ואז יהיה מותר אפילו באכילה ומחמת דבר שיש לו מתירין ג"כ בטל · כי הוא רק ספק מוכן וספק מוכן בטל בדבר שיש לו מתירין לפי דעת המחבר כמבואר במגן אברהם שם בסימן תקנ"ג סעיף קטן ד' דדוקא בדבר שהוא רק אסור מדרבנן אם יש ספק בטל ברובו אפילו בדבר שיש לו מתירין וכן הביא הרב המגיד בפרק א' מהל' יו"ט והביאו הב"י שם דהספק בטל ברוב ע"כ יהיה קשה אם נאמר דאף אם כוונתו לבטל מותר לבטל הא מבואר בגמרא שם. ובשולחן ערוך שם דספק מוכן אסור בטילטול אמאי אסור הא יכולין לבטל · וביותר לפי מה שמבואר במשנה למלך בפרק ז' מהל' מעילה שם דדבר שיש לו מתירין היכא דלא אתחזק איסורא בטל ג"כ והביא ראיה מהתוספתא הנ"ל יהי' קשה אמאי אסור ספק מוכן בטלטול הא יכולים לבטלו דמחמת דבר שיש לו מתירין יהא בטל מחמת דלא אתחזק איסורי כי הוא רק ספק מוכן אלא ודאי אף בדבר שיש היתר לאיסורו בעינן שיהי' אין כוונתו לבטל וגם אינו נחשב בעיני המבטל אז מותר לבטל ולכן אסור ספק מוכן בטלטול דהא אסור לבטל אם יהי' כוונתו לבטל · לפ"ז ישאר קושייתינו על התוספתא הנ"ל איך מתיר התוספתא לבטל לכתחילה אף אם יהיה כוונתו לבטל כדמוכח מהתוספתא שם· ומוכרחין אנו לתרץ דהא דמתיר התוספתא לבטל היינו דוקא קודם שנתמרחו בכרי או קודם שראה פני הבית וכדומה לזה שלא נתחייבו במעשר מעולם ובשביעית קודם זמן הביעור ואז היתר בהיתר ולכן מבטלין אותו לכתחילה (כמבואר בא"ח בסימן תמ"ז בט"ז ס"ק ה' ובסימן תרכ"ו ס"ק ב' בט"ז ובמגן אברהם שם) ולפי זה ליכא ראיה מהתוספתא היכא דלא אתחזק איסורי בטל ברוב אף בדבר שיש לו מתירין כפי דעת המשנה למלך הנ"ל להוכיח מהתוספתא כיון שנתבטל מקודם שנעשה האיסור בטל אף אם נתערב שיהי' בודאי אסור א"כ איזה דבר מ"מ בטל כיון שנתערב בעת שהי' מותר כמבואר בשבולי הלקט בשם רבינו שמחה והביאו הב"י בסימן שי"ח בד"ה כלי ראשון וכו' המלא שנתנו ביורה רותחת במזיד בשבת איני רואה בה טעם לאיסור אלא מטעם דהוי דבר שיש לו מתירין וכו' ומטעם דבר שיש לו מתירין אינו נראה לאוסרו שהרי נתבטל קודם שנעשה איסור ע"י בישול דצריכא מילחא בישולא כבישרא דתורא ומשעה שנמוח נתבטל ע"כ והביאו הרמ"א שם בסעיף ט' והסכימו לזה גם הט"ז והמגן אברהם שם :

וכיון שביארתי שמהתוספתא אין ראיה אביא דעת הפוסקים שאין מחלקין דסוברים דאף דהיכא דלא אתחזק איסורי אינו בטל ברוב כי דעת המגן אברהם שדעת המחבר בדבר שעקר איסור מדברי תורה אינו בטל ברוב בדבר שיש לו מתירין אפילו רק ספק איסור שנתערב והבאתיו לעיל ודעת הש"ך ביו"ד בסימן ק"ב וביותר בסימן ק"י וס"ק מ"ו דגם בספק שעיקר איסורו דרבנן ג"כ אינו בטל בדשיל"מ וכן הוא דעת הטור בא"ח בסימן תקי"ג וביו"ד בסימן ק"ב גם הביא הרב המגיד שיש דיעות שסוברים ג"כ דאף בספק אם נולדה ביו"ט ג"כ אינו בטל והבאתיו לעיל · וכיון שלדעת אלו הפוסקים אינו בטל בדבר שיש לו מתירין אף היכא דלא אתחזק איסורי ולפ"ז שמעינן שאסור ליקח ביצים מן העכו"ם בלילי יו"ט ראשון אף שרובים הן שנולדים מזכרים שאינם יולדת אלא ביום ואפילו נולדה מדספנא מארעא הא אמרינן דרובים יולדת ביום ואפ"ה אסור דמה שנסתפק הר"ן בסוף פרק אין לדין שכתב וז"ל וביצים נמי רובן מאתמול הן לפיכך מותרין דאזלינן בתר רובא וכדכתבנא בפרק קמא דמכילתן וכן כתבו בתוס' אלא שאני (חוכך) הכא אי אזלינן בתר רובא בדבר שיש לו מתירין כיון דקיי"ל דאפילו באלף לא בטל ואפשר דהתם שאני דאתחזק איסורא עכ"ל הר"ן אבל לפי דעת הפוסקים הנ"ל שסוברים דאף דהיכא דלא אתחזק ג"כ אינו בטל בדבר שיש לו מתירין ה"כ אין לוקחין הביצים מן העכו"ם אם אין אנו יודעין בבירור שנולדו מעי"ט · אך לכאורה יש דעות שחולקין על זה דלפי דעת התוספות הא דמבטלין איסור לכתחילה הוא רק מדרבנן וכן סוברים שאר פוסקים הובא בש"ך בסימן צ"ט ס"ק ז' לפי הוראה שדעתם שאם נאמר בטל חד בתרי האיסור נהפך להיות היתר דאיסור זה שנתבטל חשוב כהיתר מעולם שמתהפך להיות היתר גמור וא"א לומר עליו בשום פנים שאוכלו באיסורי'

דאל"כ האיך יעלה על הדעת שתתיר לו התורה לעשות מעשה בידים כדי לאוכלו אח"כ באיסורא · ולפום הא קשיא טובא מה ראו חכמים על ככה לגזור על דבר שיש לו מתירין שלא יתבטל כדי שלא יאכלנו באיסורו ע"י ביטול · מהו האיסור שיאכל בזה · ואיך אפשר שיהיו כאן שום נדנוד איסור אחר שהתירה התורה לעשות זה התערובות עצמו בידים לכתחלה בשביל לאכלו · אלא ודאי דהמה סוברים דהטעם בדבר שיש לו מתירין דאינו בטל כמו שכתב הר"ן בפרק הנודר מן המבושל (דף נ"ב) וזה תורף תירוצו דחזינן לרבי יהודה דס"ל מין במינו בתו"ה לא בטל ויליף לה מדכתיב ולקח מדם הפר ומדם השעיר שאע"פ שדם הפר מרובה משל שעיר קרי ליה דם השעיר אלמא לא בטיל משום דמין במינו הוא לפי שכל דבר שהוא דומה לחברו אינו מחלישו אדרבה מחזקו ורבנן לא ילפי מזה לאיסור דבשלמא דם פר ושעיר שניהם כשרים לזריקה משא"כ באיסור והיתר אע"פ שהם מין אחד מ"מ חלוקים הם שזה אסור וזה מותר ע"כ ה"ל כאינו מינו ומשו"ה אמרינן ביש לו מתירין הוה דומיא דדם פר ושעיר דהא אין כאן חילוק בין איסור להיתר שהרי גם האיסור סופו להיות היתר וזהו מין במינו כההיא דדם פר ושעיר משא"כ מין באינו מינו אע"פ שמצד איסור יש להם שווי בדבר שיש לו מתירין מ"מ יש ביניהם חילוק גדול במה שזה מין אחר ע"כ הם בטלים זה בזה וזהו כוונתו שם אע"פ שאין זה לשונו · ולפי מה שביארתי שדעת התוס' הא דדבר שיש לו מתירין אינה בטל משום דשוין ההיתר והאיסור להדדי הן בעלם הן בדיניהם שסופו להיות היתר ולדעת הר"ן שמבואר בהדיא הטעם הזה לפ"ז אזלינן בתר רובא אף בדבר שיש לו מתירין כגון לוקח ביצה מן העכו"ם בליל יו"ט הראשון דהא דלא בטל דבר שיש לו מתירין ברובא היינו משום דשוה הדדי וזאת הסברא אינה שייך להך רובא דמשום זה לא אזלינן בתר רובא דאין חילוק בהך רובא אם שוה הדדי או לא כמובן · וגם לפי דעת הרא"ש פרק ג"ה בסימן ל"ו שכתב וז"ל הלכך חד בתרי בטל ונהפך האיסור להיות היתר ומותר לאוכלן אפילו כולן באחת לכאורה נראה שגם הוא סובר שהטעם בדבר שיש לו מתירין שאינה בטל כטעם הר"ן הנ"ל כיון דהוא ס"ל אם נתבטל חד בתרי נהפך האיסור להיות היתר לא יכול לפרש כפירש"י דהטעם הוא משום דמה שאתה תאכלנו באיסור אתה תאכלנו בהיתר כיון דסובר דנהפך האיסור להיות היתר הרי עכשיו ג"כ היתר · ואף לפי דעת הרשב"א הובא בשולחן ערוך יו"ד בסימן ק"ט שאסור לאכול אדם אחד הוא רק מדרבנן אבל מן התורה מותר עיין שם בט"ז ס"ק א' ופרי מגדים שם והביא ראי' נכונה לזה · ג"כ לכאורה סובר כטעם הר"ן וכיון שכן אזלינן בתר הך רובא בדבר שיש לו מתירין · וכ"ת הא הר"ן גופא ספוקי מספקא ליה בס"פ אין נדרין אף שהוא כתב הטעם לדבר שיש לו מתירין אינה בטל משום דשוה הדדי לגמרי בפרק הנודר מהמבושל · מ"מ נראה לי דלפי טעם הר"ן אזלינן בתר רובא דהא בפ"ק דביצה על הסוגיא דגמרא בדק בקינה של תרנגולים מעיו"ט וכו' דכתב בפשיטות דאזלינן בתר רובא · אף שכתב שם הטעם משום דלא אתחזק איסורא ולפי מה שכתבתי לעיל הרי מטעם אחר אזלינן בתר רובא · מ"מ הא חזינן דהך דין לא ברורה לו להר"ן שפעמים כותב כך ופעמים כותב כך לכן נוכל לומר דהטעם שכתב הוא בפרק הנודר מהמבושל שהוא נכתב בההוגה לפי סדר הש"ס זאת ברורה ליה לפיכך אזלינן בתר רובא בדבר שיש לו מתירין · וגם נוכל לומר דהא דכתב הר"ן בפ"ק דביצה הטעם משום דלא אתחזק איסורא דאפילו לדעת רש"י שפירש דהטעם בדבר שיש לו מתירין משום דמה שאתה תאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר ומזה הסברא נוכל לומר דלא אזלינן בתר רובא דגם בהך רובא שייך זה הסברא · לכן כתב הר"ן הטעם דהא דאינה בטל ברובא בדבר שיש לו מתירין משום דאתחזק איסורא אבל היכא דלא אתחזק איסורא אזלינן בתר רובא דאפילו לדעת רש"י יהי' מותר ליקח מן העכו"ם ביצים בליל יו"ט הראשון משום דאזלינן בתר רובא ולפ"ז לדעת הרא"ש שכתבתי לעיל שגם הוא סובר כטעם הר"ן אזלינן בתר רובא · היכא דאיתחזק איסורא :

פרק יד

אך ראיתי לבעל הפני ארי' שכתב בתשובותיו בסימן כ' דאין להוכיח מזה דדעת הרא"ש דנהפך האיסור להיות היתר בעצמותו לגמרי דאי לאו הכי אף מדאורייתא ליתסר מיהא לאכול כל התערובות כאחת דאכל ודאי איסור אלא יאכלם אחת אחת דאין בכל אכילה אלא ספק איסור וכבר נתקיים שפיר אחרי רבים להטות · הא ליתא דמדאורייתא אין הפרש בענין זה בין ודאי איסור לספק איסור ואף הרמב"ם ז"ל דסבר שלא אסרה תורה הספיקות והא דקי"ל ספיקא דאורייתא לחומרא אינו אלא מדרבנן מודה הוא בכה"ג בחתיכה בין החתיכות דאיקבע איסורא בכל שאסור בודאי אסור נמי בספיקו מן התורה כמבואר (בפ"ח מהל' שגגות ד"ב) וכ"כ כל הפוסקים וכיון דחתיכת איסור זו שנתערבה אע"פ שבכל מקום שהיא איסור הוא עכ"פ מותרת באכילה בשכרה ע"י הכרעת הרוב א"כ אין טעם מן התורה להתיר יותר התערובות אחת אחת מאכילת שלשתן כאחד אחר שאין הפרש בענין האיסור בין ספק לודאי הלכך כשמותר אף לאכלן כאחת הותר · אף על גב דלענין אכילתו נהפך האיסור להיות היתר שמותר לאכול אף כל התערובות כאחת מ"מ קושטא קאי שהאיסור בעצמותו בכ"מ שהוא איסור הוא אלא שהיתר אכילתו נמשך ע"פ הסברה ולפענ"ד לא נראה לי דבריו דהא מצינו בפירוש בש"ס שמקילינן בספק איסור של תורה אף באיקבע איסורא אף שמחמרינן בשוה ודאי [הגם שאין ראיה מה שמבואר בכמה מקומות בגמרא שספק ממזר מותר ואף באיקבע איסורא עיין בשב שמעתתא בפרק שני שמעתתא א' · וגם מה שמצינו בכמה מקומות בגמרא דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק ואף באיקבע איסורא הדין כן · דאל"כ הא לדעת הרמב"ם כל הספיקות מותרים מן התורה ולמה פרט הגמרא דדוקא ספק ממזר או ספק מעשר מותר מן התורה דיש לומר דהלאו דממזר ועשה דמעשר לא נאמר על הספק לכן מותר · אבל בשאר דברים באיקבע איסורא אין שום חילוק בין ספק לודאי כדברי הבעל פני ארי'] ונראה להביא ראיה מראש השנה (דף כ"ב ע"ב) דאיתא שם רב אשי אמר רבי נהוראי שהדא אחרינא הוה בהושא וחזיל רבי נהוראי לאצטרופי בהדיה אי הכי מאי למימרא מהו דתימא מספיקא לא מחללינן שבתא קמ"ל עכ"ל הגמרא ופירוש רש"י בד"ה מספיקא שמא אין אותו העד בביתו וכן כתבו התוספות בפ"ק דחולין (דף י"א) ד"ה אבל כו' ונראה לי דאין יכול להוכיח משם דאיכא למימר דמספק נמי אמר רחמנא דלדחי שבת מלות קרבן כמו שבפקוח נפש אמרינן בספ"ק דכתובות (דף ט"ו ע"ב) דלא הלכו בו אחר הרוב עכ"ל התוספות · וזה שנים רבות שלא הבנתי דברי התוס' שהביאו ראיה מהך דכתובות דהא מפקוח נפשות אין ראיה כ"כ דהא הכל יודעים שמקילינן יותר בפיקוח נפשות מכל התורה כולה · אך ראוי להתוספות להביא ראיה לדבריהם מהך דראש השנה הנ"ל וכן פסק הרמב"ם בהל' קידוש החודש (פרק ג' הל' ג') שאף מספק מחללין העדים את השבת ומה שהקשה המפרש היאך מחללין השבת מספק שהרי אמר בהל' מילה במי שנולד ביה"ש של ע"ש שנימול יום א' שהוא יום ט' לפי שאין מחללין שבת מספק ואמר ז"ל שמא ימצא אחר ויצטרף עמו וכן נאמר אנו שמא לא ימצא אחר שיצטרף עמו ולא יקבלו ב"ד עדי הראיה לפי שאין יודעין אותן ונמצא שחללו את השבת ולא נתקיימה עדותן · ונראה לפענ"ד לתרץ על פי מאי דאיתא בשבת (דף קל"ה ע"ב) מילה וכל מכשיריה דוחה את השבת דברי ר"א ופריך הגמרא מנא ליה לר"א הא אי מכולהו גמר כדאמרינן ועוד מה להנך שכן אם עבר זמנה בטילה ופירש"י ע"ז הלכך דאי אבל מילה אפילו אם לא מל בשבת יכול למול אחר השבת עד כאן · לפ"ז נוכל לומר הא

דנולד בין השמשות מספיקא לא דחי את השבת משום דאפילו עם עבר זמנה לא בטלה מצותה משו"ה לא דחי ספיקא את השבת · אבל גבי מצות קידוש החודש באם לא יבואו עדים ויעידו לפני ב"ד לא יקדשו ב"ד את החדש היום ויהיה חול נמצא יהיה בטלה מצותה לכן דחי מצות קידוש החודש אף ספיקא את השבת :

עוד נראה לפי עניית דעתי לתרץ על פי מה דאיתא בירושלמא פרק שני דחלה סוגא בתוס' בראש השנה (דף י"ג ע"א) ד"ה דאקריבו כו' על דעת ר' יונה דאמר מצות עשה דוחה ל"ת אע"פ שאינה כתובה בצדה ניחא על דעת ר' יוסי דאמר אין מצות עשה דוחה ל"ת אלא א"כ כתוב בצדה וכו' עד כאן לשון הירושלמא · לפ"ז נוכל לומר דאם היה כתוב בצדה של עשה הל"ת הותרה כיון דנכתב הל"ת בצדה כוונת התורה בעל מצות עשה זו לא נאמר עליה הל"ת כלל ונקראת התירה ואם אין הל"ת כתוב בצדה של עשה ונקראת רק דחוי' דהל"ת נאמרו גם על עשה זו רק שהעשה דוחה אותה ואם אפשר לקיים שניהם העשה ולא ידחה את הל"ת לא דחי העשה את הל"ת כדאמר ריש לקיש וכו' ואיתא בכמה דוכתא בש"ס אבל היכא דאמרינן הותרה אף אם אפשר לקיים שניהם בכל זאת מותר לעשות את הל"ת ולקיים את העשה כדאיתא ביומא (דף ו' ע"ב) איתמר טומאה המת רב נחמן אמר הותרה היא בציבור ורב ששת אמר דחוי' הוא בציבור היכא דאיכא טמאין וטהורין בההוא בית אב כו"ע לא פליגי דטהורי עבדי טמאי לא עבדי כי פליגי לאהדורי ולאתויי טהור מבית אב אחרינא רב נחמן אמר הותר היא בציבור ולא מהדרינן רב ששת אמר דחוי' היא בצבור ומהדרינן עכ"ל הגמרא · לפ"ז ניחא על פי מה דאיתא בראש השנה (בדף כ"א ע"ב) ת"ר מנין שמחללין עליהן את השבת ת"ל אלה מועדי השם אשר תקראו אותם במועדם ונכתב בתורה כך בזה הסדר ששת ימים תעשה מלאכה וביום השביעי שבת שבתון מקרא קדש כל מלאכה לא תעשו שבת היא לד' בכל מושבותיכם · אלה מועדי השם מקראי קדש אשר תקראו אותם במועדם · לפ"ז נכתב הל"ת בצדה של העשה של קידוש החדש שמחללין עליה את השבת לכן הותרה אף בספיקא לחלל את השבת מכש"כ לפי מאי דאמרינן הותרה בצבור לא מהדרינן אטהורין אבל מילה שדוחה את השבת לא נכתב העשה של מילה גבי שבת לפי מאי דאיתא בשבת קל"ב המקומות של התורה שלמדו מהם חכמי הגמרא שמילה דוחה את השבת לכן מה שמילה דוחה את השבת מקרי רק דחוי' עיין ביו"ד בסוף סימן רס"ו ובשאגת ארי' בסימן נ"ט דמסיק שם דמילה רק דחוי' הוא ומייתי ראיה משבת (דף קל"ג) וגם מבואר שכן דעת הטור יו"ד סימן ר"ס שכתב בשם ר"א הלוי אם האב יודע למול אין לו למול בשבת אם יש אחר מי שהוא יודע למול דהא מילה היא פסיק רישיה לגביה שהוא מתכוין לתקן את בנו אבל לגבי אחר לא מקרי מתקן ושרי ע"כ · ולפ"ז לא קשה כלל מה שמחללינן את השבת אף מספיקא לגבי קידוש החודש כיון דהותרה לא נוכל לומר שמספק לא מחלל את השבת דמזה יהיו נמשך זילזול לגבי קידוש החודש · אבל גבי מילה דהא דנימול בשבת הוא רק משום דחוי' ואינם שקולים לכן מספק אינו מחלל את השבת · וכיון שכתבנו שאיתא להדיא בש"ס שיש חילוק בין ספיקא לודאי שעל פי ספק מחללים את השבת אף שזה פשוט דודאי לא מחללין נמצא לפ"ז ודאי חמור מספיקא של תורה אף דאיקבע איסורא בספיקא דזה פשוט שהתם לכל הפחות מיקרי איקבע איסורא וכיון שכן מוכח מן הרא"ש דמתיר דאם נתערב איסור חד בתרי לאוכלן אדם אחד ובבת אחת אף דודאי אכל איסורא ולא מצריך הרא"ש שיאכלו שני בני אדם או אדם אחד שלא בבת אחת שלא יהי' באכילה אחת ודאי איסור דמה שנוכל לעשות שלא יעשה איסור עושין · מוכח מזה דנהפך האיסור להיות היתר לגמרי לכן התיר הרא"ש לאוכלם אדם אחד ובבת אחת כיון דהיתר הוא שלא כדברי בעל הפני ארי' · וכי תימא דנימא כמו שכתבתי לעיל גבי ספק מעשר וספק ממזר דהתירם התורה ספיקן לגמרי משו"ה כתבתי דאין ראיה דהמוד ודאין מספקן מן התורה ה"נ נימא דגבי מצות קידוש החודש שמחללין את השבת מספיקן · משום דעל זה לא נאמר איסור שבת ובפרט לפי מה שכתבתי דגבי מצות קידוש החודש אמרינן שהותרה לחלל את השבת כיון שנכתב בצדה · זה אינו · דהא גבי שבת אסור מספק לחלל שבת רק לגבי פיקוח נפשות ולגבי קידוש החודש מותר לחלל שבת בספיקן שלא נוכל לומר דאיסור שבת לא נאמרו בספיקן אלא הא דהרי בספיקן לחלל שבת העדים הוא רק לגבי מצוה זו הקילה התורה בספיקן מודאי · וגבי פיקוח נפשות איתא ביומא (דף פ"ה ע"א) למה שמחללין שבת לצורך פיקוח נפש מיקרי רק דחויה דאיתא כמה פעמים שם פיקוח נפש דוחה את השבת ולא לשון הותרה את השבת · וראיה כזאת איתא בביאורי הגאון ר"א ביו"ד בסימן רס"ו ס"ק כ"ה שמילה מקרי רק דחויה מהגמרא דידן · גם מביא ראיה ממנחות (דף ס"ד ע"א) והוא ברמב"ם ריש פרק ב' דהלכות שבת עיין שם ובשבות רק מיקרי דחויה מה שמחללין את השבת לצורך פיקוח נפש אם יכול לקיים שניהם מוטב כדריש לקיש כו' כדאיתא במנחות (דף ס"ד) בודאי נאמרו איסור שבת אף לגבי פיקות נפשות שאם אפשר לקיים שניהם מוטב ואפילו הכי מקילינן בספיקא שגם הספק דוחה את השבת כדאיתא (ביומא דף פ"ד ע"ב) מפני שספק נפשות דוחה את השבת וכו' עד כאן לשון הגמרא · הרי חזינן דיש חילוק בדבר שהוא מן התורה בין ספיקא לודאי וכי תימא שאני פיקוח נפשות שהרבה קולות מצינו שם מאשר דברים הא חזינן דהתוס' בחולין (דף י"א) הביאו ראיה מספק פיקוח נפשות לשאר איסורין ואף שכתבתי לעיל שדבריהם אינם מוכנים לי מ"מ בודאי דבריהם אמת ויכולין להביא ראיה מדבריהם · לפ"ז מוכח מהרא"ש דהתיר לאוכלן אדם אחד ובבת אחת ולא הצריך שלא לאוכלן לכה"פ בבת אחת כדי שלא יהיה נאכל באותו אכילה איסור ודאי מוכח מזה דסובר הרא"ש דנהפך האיסור להיות היתר לגמרי :

פרח טו

וגם ראיתי לבעל הפני אריה בסימן הנ"ל שכתב אע"פ שהדבר היה פשוט כ"כ בעיני הרב פר"ח ז"ל שלדעת התוס' היה מותר מן התורה לערב בידים החולין שלו עם התרומה שנפלה במגורה ולבטלה וכן כתב הרב בעל משנה למלך בס' פרשת דרכים שלו (דף מ"ב ד') כו' לענ"ד נראה ברור שאין האמת כן שמלבד מה שבארנו דלפי סברא זו לא נמצא ידינו ורגלינו במה שאמרו חז"ל בדשיל"מ דלא בטל ישתקע הדבר ולא יאמר מפני עוד כמה טענות אחרות עד כאן · לפי עניית דעתי נראה שיש להשיב על דבריו ולכתוב דבריו אחת אחת דמה שטען מדשיל"מ לפי דברי התוספות כבר כתבתי לעיל · שלפי שיטת התוספות · דסוברים דמותר לבטל איסור לכתחלה הא דדבר שיש לו מתירין אינה בטל סבירא להו כדעת הר"ן בנדרים (דף נ"ב) כיון דשוין בטעם שנתערב מין במינו וגם שוין בדיניהם שסופו להיות היתר דמי הדדי לגמרי אין מחלישו ומבטלו אלא מעמידו ומחזקו כמו שהעתקתי לעיל לשון הר"ן בקיצור תו כתב דלפי דברי הפ"ח ובעל המשנה למלך שסוברים דדעת התוס' דמותר לבטל איסור לכתחלה מנא ידעי סברא זו בעלי הגמרא דרובו מן התורה כמקוה טהרה שכשם שמשתמשין במקוה להוציא את הטמא מידי טומאתו כן מותר להשתמש ברוב להוציא את האיסור מידי איסורו · הא כל עיקר ביטול האיסורין ברוב לא למדנו אלא מקרא דאחרי רבים להטות הכתוב גבי דינים שנזקקו יחד לשפוט בין דם לדם ובין דין לדין ונחלקו בדיעותיהן שהלך בהן אחר הרוב שמענו מזה שאם כבר נזקק המיעוט אל הרוב שנלך אחריו · אבל מאיזה סברא דנו שכשם שהולכין אחר הרוב בדיעבד כך מותר לכתחלה לזקוק המיעוט שידוע לנו שהוא איסור

איסור אל הרוב היתר. כדי שנלך אחריו להוציא את האיסור מידי איסורו ע"כ· נראה לפענ"ד שדעת בעל הפ"ח והמשנה למלך לפי שיטת התוספות דאיתא בסנהדרין (דף ג' ע"ב) ובכמה מקומות דאין ב"ד *) שקול הן בב"ד של ממון ושארי דברים שצריכין שלשה הן דיני נפשות ושארי דברים שצריכין עשרים ושלשה הן אם צריכין לשפוט את השבט הן אם בא להוסיף על העיר ועל העזרות ועל שאר דברים הכל כמו דאיתא בריש סנהדרין שצריכין שבעים ואחד הרי חזינן דלא יש ב"ד בשום מקום ששקולין הן והטעם מה שהקפידה התורה שאי אפשר להיות ב"ד אלא א"כ אינם שקולים צריכין אנו לומר דירדה התורה לסוף דעת בני אדם שדעת בני אדם אינם שוין שכל יאמרו. דבר אחד דמיעוטי דמיעוטי יסכימו לדבר אחד ובודאי יהיה מחלוקת בין הדיינין ואיך יצא הדבר לאורו ויהיה נגמר הדין לכן אמרה התורה שאין ב"ד שקול שאם יהיה מחלוקות ביניהם יוכרע הדין על פי רוב כמו שנכתב בתורה אחרי רבים להטות· הרי חזינן דאף לכתחלה סומכין על הרוב דהא בעת שבא לשפוט איש עם רעהו או בדיני נפשות יודעים בתחלת ביאתם שלא יוכרע הדין רק על פי רוב ואפ"ה אמרה התורה שלכתחלה ישפטו הם להוציא ממון מחזקתו ולהרוג נפשות ולהוסיף על העיר· אף שזה הדבר הוי כלכתחלה מ"מ אמרה התורה אחרי רבים להטות· לפ"ז כתבו בעלי הגמרא לפי דעת התוס' לומר שמבטלין איסור אף לכתחלה מן התורה:

תו כתב לפי דעת הפ"ח והבעל משנה למלך דא"כ ע"כ גם באיסורי הנאה נוהג דין זה שמותר לערבם לכתחלה ולבטלם דהא מאחרי רבים להטות גמרינן נמי לכל איסורי הנאה דבטילי ברובה ומותרין מן התורה אף באכילה. והאיך יקבל הדעת שמי שיש לו חתיכת בשר של שור הנסקל וכיוצא בו מאיסורי הנאה התירה לו תורה לערבה בידים בשתי חתיכות של היתר ואכל ושבע ודשן והזהירה עליו בלאו מלהשליכם לכלבו משום שהקפידה על ההנאה הבאה לו באכול כלבו לשובע נפשו וכי איזה הנאה מרובה זו או זו· ולפענ"ד לתרץ דברי הפ"ח והמשנה למלך שסוברים לדעת התוס' כי מה שמדמה הנאה שבא לאדם שיבטל לכתחלה ברוב להנאה מה שמשליכו לכלבו וגם דעתו שהנאה זאת להשליכם לכלבו קילא טפי· ואני אומר שאדרבה הוא דהנאה דלהשליכן לכלבו היא גדולה יותר מהנאה מה שמותר לבטל לכתחלה ורחוקים הם מקלה אל הקלה לפי מה שכתב התוס' בב"ק (דף ק"א ע"א) ד"ה ולא וכו' על מאי דאיתא שם בגמרא דתניא ערלים לא יאכל אין לי אלא איסור אכילה מניין שלא יהנה ממנו ולא יצבע בו ולא ידליק בו את הנר ת"ל וערלתם ערלתו את פריו ערלים לא יאכל לרבות את כולם וכתב התוס' שם אע"ג דאסור שאר הנאות אצטריך לרבויי צביעה והדלקה לביעה משום דחזותא בעלמא הוא והדלקה משום שכלה האיסור בשעת הדלקה וא"ת והא בפרק כל שעה (דף כ"ו) שרינן עצים להדלקה למאן דאמר אין שבח עצים בפת ולא משבחי עצים דאיסורא אלא מעין ככא בשרשיפה וי"ל דשאני הוי בעין בשעה שהוא דולק אבל עצים נעשים גחלת והשלהבת אין בהם אלא מן הגחלת עכ"ל התוס' לפ"ז ניחא דברי התוספות לפי דעת הפ"ח והבעל משנה למלך דמותר לבטל איסור לכתחלה בידים· ולפי דבריהם אף באיסורי הנאה מבטלין לכתחלה דלא מקרי נהנה מן האיסור משום דכבר כלה איסורא דכיון שנתבטל ברוב נהפך האיסור להיות היתר לגמרי כמ"ש לעיל לדעתם ואין לו שום הנאה מן האיסור אבל להשליך לכלבו איסור הנאה בעת שמשליך לכלבו הוא עדיין איסור הנאה ואסור להנות ממנו לכן אסור להשליך לכלבו דנהנה מן האיסור ואף לרבי דסובר בפסחים (דף כ"ו ע"ב) דיש שבח עצים בפת אינו אוסר רק כשאבוקה כנגדו דלא מיקרי כלה איסור עדיין לרבי אבל לאפות על גבי גחלים ד"ה הפת מותרת דכבר כלה איסורו עיין בתוספות

*) בזמן התנאים היה דנין הכל עפ"י ב"ד אבל לא בזמה"ז

שם ד"ה אדם יוצא וכו'· גם מה שטען לפי דעתם בשיטת התוס' מהא דאמרינן בפרק כל שעה (כ"ג ב') דלר' אבהו כל מקום שנאמר לא יאכל לא תאכל לא תאכלו אחד איסור אכילה ואחד הנאה במשמע ולחזקיה נמי לשנא דלא יאכל משמע איסור הנאה שלא יהא בו שום היתר המביא לידי אכילה ואיך אפשר כלל לומר כן שיש במשמעו דלא יאכל איסור להשליכו לכלבו אחר שאין במשמעו אפילו איסור לערבו בהיתר ולאכלו וכי יש לך מביא לידי אכילה גדול מזה· גם זה מתורץ לפי דברינו דלעיל דחזקיה ור' אבהו משמע להו מלשון דלא יאכל דאסור להנות שום הנאה המביא לידי אכילה אבל הוא רק בעוד שהוא אסור· אסור להנות הנאה כזו· דהיינו להשליכו לכלבו דיש לו הנאה כשעודו באיסורו· אבל להנות מאותן לאחר שכלה את איסורם לפי דעת הפ"ח והמשנה למלך בשיטת התוספות לבטל לכתחלה חד בתרי מותר· דכיון לאחר שנתבטל נעשה היתר גמור נמצא אינו נהנה מן האיסור כלל· ומה שקשה על זה דהאיך נוכל לומר דמותר לבטל איסור לכתחילה דהא אמרי' בפרק שילוח הקן (דף ק"מ) אלא אמר רב נחמן בר"י למעוטי לפורי עיר הנדחת למאי אי לשלוח לא אמרה תורה שלח לתקלה ופירש"י ז"ל למאי להי מינייהו אצטריך קרא כו' פשיטא דשל עיר הנדחת לאו בר שלוח הוא דלא אמרה תורה שלח לתקלה דממון עיר הנדחת אסור ואם ישלחנה יהיה בני אדם לדין אותו לאחר זמן וע"ש· וקא ודאי דאם שלוחה ליכא איסור משום דאזלינן בתר רובא ואפ"ה לשלחה לא אצטריך קרא למעט דלא אמרה תורה שלח לתקלה· הרי בהדיא דלערב איסור בידים אסור מן התורה וקושיא זו הקשה הפ"ח והביאו השער המלך בהלכות מ"א בפרק י"ד הלכה כ"ה ומסיק שם ובדוחק יש לייסב לדעת התוס' דתלמודה ה"ק לא אמרה תורה שלח לתקלה דשמא כשמשלחה יבוא אחר ויקחנה מיד בעוד שלא נתערבה עדיין בשאר צפרים ודוחק וכו' עכ"ל· ונראה לפענ"ד לתרץ על פי מאי דאיתא בסוף תמורה דנקברין אפרן אסור ונשרפין אפרן מותר והקשה התוס' על זה דהא אפירה אסורה לעולם אף על פי שהוזקק הכתוב לשורפן (בדברים י"ב) והדלו משום דכתיב שם (י"ב) לא ידבק בידך מאומה מן החרם· נמצא לפ"ז הא דכתוב בתורה דאסור להנות מעיר הנדחת אף לאחר שכלה איסורה דהא בשאר הנשרפין כגון ערלה או כלאי הכרם לאחר שנשרפו מותרין להנות אף מן הגחלים לדברי הכל כדאיתא בפסחים והבאתיו לעיל· והטעם בזה משום דאחר שנשרפו כלה איסורם מקרי ובארתי היטיב זאת לעיל· משו"ה לא נוכל לומר דלמעוטי לפורי עיר הנדחת דלא אמרה תורה שלח לתקלה אף דמבטלין איסור אף לכתחילה ולאחר שנתערבה ודאי מותרת דבטלה ברוב מ"מ כיון דכתיב לא ידבק בידך מאומה מן החרם בודאי אסור לבטל לכתחילה דבעת שמבטל נדבק אצלו מאומה מן החרם· והא דכתבו התוספות שם דהטעם דנשרפין אפרן מותר דכיון שצוה הכתוב לשורפן אחר שעשה כאילו נעשית מצותו ואין לך דבר שנעשית מצותו ומועלין בו ה"נ כיון שנעשית מצותו הלך איסוריה· ולא כתבו הטעם דהא חזינן מדאצטריך הכתוב לכתוב גבי ערלה ערלים שלא ידליק בו את הנר וכתבתי בשם התוספות דב"ק הא דאצטריך למעוטי דהא בלא זה ידעינן דערלה אסור בהנאה משום דהוה אמינא דכלה האיסור בשעת הדלקה לכן נכתב ערלים להורות לנו שלא כלה האיסור דשמן היה בעין בשעה שדולק מזה מוכח דנשרפין אפרן מותר· דהא כבר כלה איסורם ואינה בעין· כיון שנעשה אפר· י"ל דהא איתא שם דנקברין אפרן אסור וצריכין להבין מפני מה אפרן אסור הא כבר כלה את איסורו ולא נוכל לומר כדמסיק התוס' שם בסוף הדיבור וז"ל אבל הנקברין דלא הטעין הכתוב לשורפן מבין איסורייהו לעולם· דמנא ידעינן מן התורה דיש חילוק בין נשרפין בין נקברין דהא חד טעם דכלה איסורה בתרווייהו שייך לכן צריכין התוס' לומר הטעם דנשרפין בודאי אפרן מותר משום דכיון שנעשית מצותו הלך איסורה וכיון שכן ידעינן מזה דהנקברין אפרן

אסור

אסור דמשיך איסורייהו לעולם גבייהו אף לאחר שנעשה אפר מדלא הטעין הכתוב לשורפן :

תו כתב הבעל פני ארי' דקשה לפי דעת הפ"ח והמשנה למלך הנ"ל במאי שאמרו בריש פסחים ובב"ק (כ"ט ע"ב) דחמץ משש שעות ולמעלה מפני שאסור בהנאה אינו ברשותו ועשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו' שפיר ברשותו הוא' שהרי עם היותו אסור בהנאה עדיין הותר לו מן התורה לערבו לכתחילה בהיתר ולאוכלו אי לאו שמנעתו תורה בעשה ול"ת זו · וגדולה מזו כתבו התוספות דאפילו כשיש בו שוה פרוטה שלא כדלך הנאתו או שיש באפרו שוה פרוטה ברשותו מקרי · גם בזה כלפענ"ד לתרץ דברי הפ"ח והמ"ל : דהטעם דחמץ לבתר איסורי' לאו ברשותו קיימא הוא משום דכתיב תשביתו דמשמע מלשון תשביתו שיבער החמץ שיהיה נאבד ממשו מן העולם וכן כתב הבעל מקור חיים בסימן תל"א ובעל פ"מ בא"ח בסימן סוף תמ"ג דלא משום דאסור בהנאה אינה קיימא ברשותיה דהא כתב בחידושי הרשב"א בסוכה (דף ל"ה) דאיסור הנאה מיקרי שלכם · אלא משום דכתיב תשביתו משום זה לא קיימא ברשותיה · וראיתי להבאר אברהם לאחר שכתב דברי הפ"מ והבעל מקור חיים הנ"ל שכל הפוסקים חולקים על הרשב"א הנ"ל והוכיח שם דמחמת שאסור בהנאה אינה קיימא ברשותיה ושכן דעת רש"י בשמעתא דמפרש ויוצא וכו' וגם מדברי הרמב"ם מבואר כן בפרק ג' דחמץ שכתב דמתחילת שעה ששית ולמעלה אינו יכול לבטל שהרי אינה ברשותיה שכבר נאסר בהנאה וכן כתב התוספות בבבא קמא (דף ע"ב) גבי תקרובות עכו"ם אך לפענ"ד דהטעם דמה דחמץ אינה קיימא ברשותיה לבתר איסורו הוא משום דכתיב תשביתו :

פרח טז

וקודם שנברר זה נחקור תחלה אם הקדיש אתרוג לצדקה בתנאי אם יתן לצדקה כך וכך יהיה האתרוג שלו והאתרוג הוא שוה יותר מסך המעות שאמר אם יתן לצדקה שיהי' האתרוג שלו אם יוצא בזה האתרוג ביום הראשון דבעינן שיהיה שלו דכתיב לכם · אם מקרי שלכם משני טעמים · אחד · כיון דיש לו זכות באתרוג אם יתן לצדקה הסך כפי שקצב יהיה שלו והאתרוג שוה יותר מהסך הזה · שנית · דנוכל לומר הואיל אי בעי לפדות יהי' מקרי אתרוג שלכם השתא נמי אף קודם שפודה ממונא הוא' וקודם שנברר דין זה נחקור עוד אם הקדיש לעניים טלית של ארבע כנפות בכה"ג אם מחויב להטיל בה ציצית או לא דגבי ציצית בעינן ג"כ שיהי' הבגד שלו · ואז מחויב להטיל בה ציצית · לכאורה יש לפשוט את השני הדינים הנ"ל · במאי דמבואר בשולחן ערוך א"ח בסימן תרמ"ט סעיף ב' ברמ"א והמודר הנאה מלולבו של חבירו או מלולבו של עצמו אינו יוצא בו ביום א' דלא הוי שלכם. עכ"ל הרמ"א · וכתב ע"ז המגן אברהם בס"ק י' ואע"פ דאי בעי מתשיל עליה אסור והכל מבואר בתשובות הרשב"א סוף סימן תשמ"ו והשמ"ז לפ"ז אינה יוצא באתרוג שהקדיש לצדקה אם יתן כך וכך וגם בטלית של ארבע כנפות אינו מחויב להטיל בו ציצית אם הקדיש באופן זה מטעם השני הואיל דאי בעי לפדות יהי' שלו אף גם קודם הפדיה מקרי ג"כ שלו דהא אינו יוצא ממודר הנאה מלולבו אלמא דלא אמרינן הואיל אי בעי מתשלי ה"נ לא אמרינן הואיל אי בעי פודה ולקמן אכתוב עוד מזה אם נוכל להכשיר מטעם השני : אך נראה דהאתרוג והטלית הנ"ל מקרי שלו מטעם הראשון · דאיתא בבכורות (דף י"א ע"א) איבעיא להו פדיונו לפודה או דילמא פדיונו לבעלים אליבא דר"ש לא תבעי לך כו' כי תבעי אליבא דר' יהודה דאמר אסור בהנאה להקדש מדמי ליה ורחמנא אמר ונתן הכסף וקם לו ופירש"י כל מי שיתן הכסף יהא ההקדש שלו · או דילמא כיון דקנו להו בביני וביני לא דמי להקדש · אמר רב נחמן ת"ש הגונב פטר חמור של חבירו משלם תשלומי כפל לבעלים ואף על פי שאין לו עכשיו יש לו לאחר מכאן כו' אלא פשיטא ר' יהודה ואי סד"א להקדש מדמינן ליה וגונב מבית בעלים אמר רחמנא ולא מבית הקדש ותו לא מידי · (פי' דנפשטא אבעי דפודה פטר חמור פדיונו לבעלים דכיון דקנו לו דביני וביני · לא דמי להקדש) · עד כאן · וה"נ גבי אתרוג וגבי טלית כיון דקנו לו בביני וביני נמצא דיש לו זכות באתרוג ובטלית הנ"ל דהמה שוים יותר מהסך שקצב לצדקה מקרי שלו · ולא נוכל לומר דהוא והקדש שותפים הם באתרוג ובטלית דהא חזינן דמשלם תשלומי כפל אם גנב פטר חמור כעין שגנב כפי שויה בשלימות של הפטר חמור · מוכח מזה דלאו שותפים בזה · דאם הוה שותפים לא הוי' להגנב לשלם עבור חלק ההקדש : וכ"ת מפני מה אין שותפים הם בפטר חמור דהא גם ההקדש יש חלק בו נוכל לומר דהטעם הוא דכיון דיש לו זכות דביני ביני בודאי יפדה אותו לכן הוה ממונו אף קודם שפודה הואיל אי בעי לפדות [ולא שייך זה לפלוגתא דרבי שמעון ורבנן גבי כל העומד לזרוק אי אמרינן כזרוק דמי או לא בפרק המנחות והנסכים (דף ק"ב) ובכמה דוכתא ופלוגתא דר"מ ורבנן דפליגי בפרק השואל (דף ק') אי אמרינן כל העומד לבצור כבצור דמי או לא דהא מבואר בכמה מקומות בש"ס דאמרינן הואיל ובהתוספות בסוטה (דף כ"ה ע"ב) ד"ה לאו אף שכתבו מקודם טעמים שונים · מ"מ בסוף כתבו הלכך ליכא לדמויה להדדי עכ"ל וכי האי גונא כתב התוספות בחולין (דף פ"ח ע"א) ד"ה ור' יהודה לכן נראה שאין לדמות הדרשות אלא מה שהש"ס מדמה וכו' עכ"ל] ה"נ גבי אתרוג וטלית דג"כ בודאי יפדה אותן דיש לו זכות דביני ביני לכן הוה ממונו אף קודם שפדה אותו · ולא דמי למה שכתב הרשב"א דאינו יוצא ביו"ט הראשון בלולב שנדר הנאה ממנו דלא אמרינן הואיל אי בעי מתשיל עליו ויהיה שלו אף קודם שמאל ג"כ יהיה שלו וה"נ עומד ליתשיל דמשו"ה אמרינן דנדרים מקרי דבר שיש לו מתירין דמצוה לאתשולי על נדרים דכל הנודר כאילו בונה במה וכל המקיימה כאלו מקטיר עליה כדאיתא בנדרים (דף כ"ט ע"א) · די"ל לחלק בין הואיל אי בעי מתשיל עליו ובין הואיל אי בעי פודה דהואיל אי בעי מתשיל עליו תלוי בדעת אחרים לכן לא אמרינן הואיל משא"כ הואיל אי בעי פודה שיש בידו לעשות מיד לפדות אמרינן הואיל וכעין חילוק זה איתא ברש"י בפסחים (דף ל"ח ע"א) ד"ה או דילמא · ולכאורה יש ראיה גם מהסוגיא דשם לזה דאיתא שם בעי ר' שמעון בן לקיש מהו שיצא אדם ידי חובתו בחלה של מעשר שני בירושלים כו' כי תבעי לך אליבא דר"ע · בחולין הוא דנפיק דאי מיטמו יש לכן היתר במושבות אבל חלה דאי מיטמיא לית לה היתר במושבות ובשריפה אזלא לא נפיק או דילמא אמרינן הואיל ואילו לא קרא עליה שם ואיטמי איתא לה היתר במושבות ונפיק בה השתא נמי נפיק. עכ"ל הגמרא · לכאורה צריכין להבין מפני מה לא אמר הגמרא הך הואיל אי בעי מתשיל עליה דלכאורה הך הואיל עדיפא דהואיל אי בעי לא קרא לה שם אין בידו כעת כיון דכבר קרא לה שם אבל הך הואיל אי בעי מתשיל עליה בידו הוא כעת לשאול · וצריכין אנו לומר דהך הואיל אי בעי מתשיל מקרי אין בידו כ"כ כיון דתלה בדעת אחרים ולא דמי למאי דאיתא בשבת (דף מ"ו ע"ב) בתוספות שם ד"ה התם וכו' כמבואר למעין · אבל הך הואיל אי בעי לא קרא לה שם אף שאין בידו כעת כיון דכבר קרא לה שם מ"מ מקודם היה בידו שלא לקרא לה שם · נמצא לפ"ז דהך הואיל אי בעי מתשיל עליה מקרי אין בידו והך הואיל דאי בעי פודה מבואר בסוגיא שם דאמרינן · לפ"ז מוכח לכאורה דהואיל אי בעי פריק עדיפא מהך הואיל אי בעי מתשיל עליה :

אך זה אינו לכאורה דאיתא בפסחים (דף מ"ו ע"ב) דרבי אליעזר סבר דאמרינן הואיל ואי בעי מתשיל עליה ממונו הוא וכתב על זה בתוספות ד"ה הואיל כו' תימא להרשב"א מאי אמר בפרק כל שעה (דף ל"ח) דמצות מעשר שני אין יוצא בה בפסח לר"מ דסבר מעשר שני ממון גבוה הוא ולא חשיב מצתכם · הא הואיל אי בעי מתשיל עלה מחשבינן ליה כשלו · ועוד דאמר לעיל (דף ה') אבל אתה רואה של אחרים

ושל

ושל גבוה והא של גבוה נמי חשיב כשלו הואיל אי בעי מתשיל עלה ותירץ ר"י כו' והואיל אי בעי פריק נמי לא אמרינן דא"כ היה קונה אותו דאטו נחשב חמץ של עכו"ם כשלו הואיל אי בעי קנה לו עכ"ל התוס' [אך בדברי התוספות צריכין להבין כי אין המיוחס שוה דחמץ של עכו"ם מקרי ודאי אין בידו דילמא עכו"ם לא ימכר לו. עיין בבבא מציעא (דף ס"ו ע"ב) בתוספות ד"ה ואי. ועוד שם (בדף ע"ד ע"א) הכא לאו בידו הוא ופירש"י על זה שמא לא ימכרוהו לו עד כאן לשון הגמרא ובתוספות בסנהדרין (דף כ"ג ע"ב) ד"ה כל. ובקדושין (דף ס"ב ע"ב) נהי דבידו לגרשה בידו לקדשה פירש בתמיה שמא לא תתרצה בקידושו עיין שם ברש"י אבל גבי רואה חמץ של גבוה דהתם בידו לפדות ולא שום אדם יכול לעכב עליו נוכל לומר דאמרינן הואיל אי בעי פריק והוה ממונו. וכעין סברת התוספות איתא בר"ן בפרק כל שעה על סוגיא עכו"ם שהלוה את ישראל על חמצו ולא הביא ראיות התוספות ואין רצוני להאריך בזה] והדרן לדברינו דמוכח מסוגיא זו דמחמת הואיל אי בעי מתשיל אמרינן דהוה ממונו. אבל מחמת הואיל אי בעי פריק לא אמרינן דהוה ממונו לכן מותר לראות חמץ של גבוה וכן אינו יוצא במצות של מעשר שני בירושלים אליבא דר"מ דסבירא ליה דמעשר ממון גבוה הוא. ולא תקשה לך על זה דאיתא בהדיא בפרק כל שעה (דף ל"ח) והבאתיו לעיל דאמרינן הואיל אי בעי פריק. דיש לומר דלגבי מאי דבעינן דיהיה למצה היתר בכל מושבות התם אמרינן הואיל אי בעי פריק אבל לגבי מצה של מעשר שני אליבא דר"מ דאמר ממון גבוה הוא וגבי חמץ של גבוה לא אמרינן הואיל אי בעי פריק כיון דנפיק הממון מרשותו לא אמרינן הואיל אי בעי פריק שיהיה ברשותו על ידי הואיל והילוק זה מבואר בהדיא ברש"י בפסחים (דף מ"ה ע"א) בד"ה אבל הכא וכו'. ויוצא מדברינו דמוכח מפסחים (דף מ"ו) דהואיל אי בעי איתשל עליה נחשב כממונו ומחמת הואיל אי בעי פריק לי' אינה נחשב כממונו וזה היפך מבכורות (דף י"א). הנ"ל לפי דברי הרשב"א והביאו הרמ"א דהנודר מלולב של חבירו לא יצא דלא אמרינן הואיל אי בעי מתשיל עליה והואיל אי בעי פריק אמרינן בבכורות שם דמחמת זה נקרא ממונו. ולכאורה תמוה הוא מאוד. וכי תימא הא דאמרינן בבכורות הואיל אי בעי פריק ליה כיון דיש לו זכות דביני ביני בודאי יפדה לכן אמרינן הואיל אי בעי פריק: אבל הכא גבי מעשר שני וגבי חמץ של גבוה האמר דאין לו הזכות דביני ביני וכיון דאין לו הזכות הנ"ל דלמא לא יפדה דאין לו רווח בפדיונו לכן לא אמרינן הואיל אי בעי פריק זה אינו דהא איתא בבכורות (דף כ"ט ע"א) כמאן כשמואל דאמר הקדש שוה מנה שחיללו על שוה פרוטה מחולל איתמר דאמר שמואל שחיללו לכתחילה מי אמר הני מילי בזמן שבית המקדש קיים דאיכא פסידא אבל בזמן הזה אפילו לכתחילה. עכ"ל הגמרא. ולפ"ז מאי דאמרינן דאתה רואה חמץ של אחרים ושל גבוה וע"ז קאמר התוספות דלא אמרינן הואיל אי בעי פודה הכא ג"כ יש לו זכות דביני ביני שיכול לחלל את החמץ של גבוה אף שהוא שוה מנה בשוה פרוטה אף לכתחילה. והוחק גדול לומר דהא דאמרינן דאתה רואה חמץ של גבוה הוא מיירי בזמן שבית המקדש קיים דאסור לכתחילה לחלל שוה מנה על שוה פרוטה וכיון דלכתחילה עכ"פ אסור אינו מקרי שיש לו זכות בחמץ זה דוחק גדול עד מאוד. שנית דלר"מ דסבירא ליה מעשר שני ממון גבוה הוא אמרינן דאין אדם יוצא ידי חובתו במצות של מעשר שני וע"ז ג"כ קאמר התוספות דלא אמרינן הואיל אי בעי פודה הא מעשר שני בריחוק מקום בודאי עומדת לפדות ומשום זה אמרינן בכמה דוכתא ואחד מהן בבבא מציעא (דף נ"ג ע"א) דמעשר שני מקרי דבר שיש לו מתירין ומבואר בש"ע יו"ד (בסימן ק"ב ס"ב) דדבר שיש לו מתירין לא מקרי רק היכא דבודאי שיבא המתיר וא"כ מעשר שני בריחוק מקום בודאי עומד לפדות. ולפ"ז לא נוכל לחלק כיון דגבי פטר חמור אית ליה דביני ביני אמרינן הואיל אי בעי פודה דבודאי עומד לפדות. דהא גבי מעשר שני עומד לפדות בודאי ואפ"ה אמרינן דלר"מ לא יצא ידי חובתו במצה של מעשר שני ולא אמרינן הואיל אי בעי פודה. ועוד דגבי מעשר שני יש לי ג"כ דביני ביני דהא איתא בירושלמי פרק ד' דמעשר שני על הך מתניתין דמערימין על מעשר שני וכו' בגמרא שם והרב"א אמר למה פודין אותו בשער הזול מפני שכתיב בו ברכה וכו' עכ"ל הירושלמי ומבואר בתוספות דב"ק (דף ס"ט) ד"ה קרית. דמעשר שני אוקמא רחמנא ברשותיה שהוא יכול לפדותו ואין שום אדם יכול לעכב עליו אבל אחר אין יכול לפדות בע"כ ע"ש שכן איתא בהדיא ועיין בתוספות שם (דף ס"ח) ד"ה הוא דאמר כנוטין וכו'. ולפ"ז גם במעשר שני יש לו רווח דביני ביני דהוא יכול לפדות בשער הזול ולא אחר ואפ"ה אמרינן דאין אדם יוצא ידי חובתו במצה של מעשר שני ולא אמרינן הואיל אי בעי פודה אותה. וכדי לתרץ זאת אמרתי דהנה לכאורה קשה על הרשב"א דהא אמרינן בפסחים הנ"ל דמחמת הואיל דאי בעי מתשיל עליה הוי ממונו ואמאי אין יוצא בלולב שנדר. וצריכין אנו לומר דהא דאמרינן בפסחים דהוה ממונו לאו כוליה ממונא דידיה הוא אלא מחמת הואיל דאי בעי מתשיל ליה יש לו גם כן חלק בזה אבל ודאי דבתרומה יש לו שותפות לכהן ובהקדש יש בו שותפות גבוה ובנדר יש לו ג"כ שותפות דאחרים דכיון שנדר הוה כמו הפקר כדאיתא בנדרים (דף כ"ה ע"א) רבא אמר באני תרומה דהוליה שוי עפרא בעלמא פירוש והוה כמו הפקר. ועיין שם בר"ן בפירושו. ומשום הכי סבירא ליה להרשב"א דאינו יוצא בלולב שנדר משום דלאו כולו שלו שיש ג"כ לאחרים חלק קודם שנשאל על נדרו ואינו יוצא בלולב של שותפות ביום א' כידוע וגם לא קשה דסוגיא דפסחים עם הסוגיא דבכורות. די"ל כתירוץ הראשון של התוספות דפסחים שם דשאני הכי דכתיב בהו לד' אע"ג דאי בעי מתשיל עליה השתא הכתוב של גבוה לפ"ז לא אמרינן ג"כ דאי בעי פריק ליה גבי מצות מעשר שני וגבי חמץ של גבוה. ולתי' הר"י שם דל"ל קך ס' יבואר לקמן בפרק י"ז אך דברי הרשב"א דאתא לידי נאריך בו קצת. הנה הראיה של הרשב"א מהא דאין יוצאין באתרוג של תרומה טמאה. איני מבין דתרומה לאו מצוה להיתשולי עליה: ותרו"ה לא מקרי דבר שיש לו מתירין כדאיתא בנדרים (דף נ"ט ע"א) לכן לא אמרינן הואיל אי בעי מתשיל עליה. אבל גבי נדרים דמצוה להתשולי כדאיתא שם. בודאי ישאל עליה ומפני זה נוכל לומר דאמרינן הואיל אי בעי מיתשל עליה ממונא הוא ואין כעת להאריך בזה. וגם צריך להבין דברי רשב"א ממאי דאיתא בסוכה (דף ל"ה ע"א) על המשנה דשל ערלה פסול. פירוש דאם נטל אתרוג של ערלה אינו יוצא ופריך הגמרא מאי טעמא. פליגי בה ר' חייא בר אבין ור' אסי חד אמר לפי שאין בה היתר אכילה וחד אמר לפי שאין בה דין ממון קא סלקא דעתיה מאן דבעי היתר אכילה לא בעי דין ממון ומאן דבעי דין ממון לא בעי היתר אכילה תנן של תרומה טמאה פסולה בשלמא למאן דאמר לפי שאין בה היתר אכילה שפיר אלא למאן דאמר לפי שאין בה דין ממון אמאי הרי מסיקו תחת תבשילו אלא בהיתר אכילה כו"ע לא פליגי כו' עכ"ל הגמרא. ולפי דברי הרשב"א דדוחק לומר דמיירי בתרומה שלא ליד כהן. אפילו למ"ד לפי שאין בה היתר אכילה ג"כ קשה הא מבואר בכל שעה שהבאתי לעיל אף דבעינן דמצה שיוצא בה יהיה היתר במושבות ואפ"ה יוצא בו מחמת דאמרינן הואיל ה"נ אף דבעינן שיהיה באתרוג היתר אכילה ג"כ יוצא בו מחמת הואיל דאיתא פרק כל שעה הואיל ואי לא קרא לה שם. ולא נוכל לחלק כדברי בעל המגיד בהלכות חמץ ומצה (פרק ששי הל' ה') דדוקא במידי דחזי השתא לשום אדם כגון הא דמערבין לנזיר ביין ולישראל בתרומה דחזי לכהנים וכן הא דחלה דפרק אלו עוברין דעד שלא החמיץ הרי ראויה הוא לכהן אמרינן הואיל וחשוב שפיר כשלו. ואי מחמיץ בתר הכי הו"ל ממונא דידיה. אבל במידי דלא חזי השתא לשום אדם כגון מ"ש בגבולין והקדש שלא נפדה לא אמרינן הואיל ולא חשוב כשלו. ולפ"ז ניחא דלא בתרי סוגיא דפרק כל שעה עם סוגיא דסוכה. אך דברי

שער המלך אינם מובנים לי כלל דהא מדברי הרשב"א מוכח דאין לחלק בהא מדהביא ראיה דאינו יוצא בלולב של חבירו שנדר הנאה ממנו ולא אמרינן אי בעי מתשיל עלה מדאיתא גם במשנה דאינו יוצא באתרוג של תרומה טמאה הוכיח מזה דלא אמרינן הואיל אי בעי מתשיל עלה · ולפי דברי השער המלך אין ראיה כלל דהא מאי דאיתא במשנה דאינו יוצא באתרוג של תרומה טמאה דלא אמרינן בה הואיל היינו טעמא משום דלא חזי השתא לשום אדם · אבל גבי מודר הנאה מלולבו של חבירו כיון דיש בו דין ממון לשאר בני אדם נוכל לומר דיוצא בו דאמרינן הואיל · ומה שהביא השער המלך ראיה לדבריו מתוספות פרק בכל מערבין (דף ל' ע"ב) דברי המתחיל ולפירוש · שכתבו גם כן חילוק כזאת ולפי זה כתב דדברי התוספות דפרק בכל מערבין סותרין לדברי התוס' דפרק אלו עוברין מדקשה להו הא דאמרינן שלך אי אתה רואה אבל אתה רואה משל אחרים ושל גבוה והא של גבוה נמי חשיב כשלו הואיל ואי בעי מיתשיל עלה כו' ולפי מ"ש בפרק בכל מערבין נראה דלק"מ דהקדש שאני דלא חזי השתא לשום אדם ולפענ"ד נראה דלא סתרי דברי התוספות הדדי ועולין בקנה אחד · דמה שכתבו התוספות בפרק בכל מערבין דכיון דלא חזי השתא לשום אדם לא אמרינן הואיל · היינו דוקא לגבי עירוב דבעינן סעודה הראויה מבעוד יום כדאיתא בכמה מקומות בעירובין ואחד מהן בעירובין (דף ל"ו ע"ב) לכן אי לא חזי השתא לשום אדם לא הוי סעודה הראויה מבעוד יום · אבל גבי אתרוג או גבי לולב דלא שייך התם הך סברא אמרינן הואיל אף דלא חזי השתא ואין בה דין ממון לשום אדם · ולאחר כתבי זאת נזכרתי שיש ראיה לדברי מתשובות הגאון ר"ע איגר דהטעם דבעינן דחזי לאחרינא דבעינן סעודה הראויה מבעוד יום עיין בתשובותיו בסימן ה' והבאתי דבריו לעיל בפרקים הקודמים ולפי זה ניחא מה שהקשו התוספות בפרק כל שעה למה לא אמרינן הואיל גבי חמץ של גבוה אף דלא חזי השתא לשום בני אדם · וכיון שאין יכולין לומר החילוק שכתב השער המלך הנ"ל · אמאי אין יוצאין באתרוג של תרומה טמאה אליבא דמ"ד שבעינן שיהא אכילה באתרוג הא יש בו שיהא אכילה ע"י הואיל וכדאמרינן בפרק כל שעה גבי שיהא מושבות · ואחר כתבי זאת מצאתי בשער המלך הקשה ג"כ בפרק ח' מהל' לולב הלכה ב' דלפי מה שכתב דלא אמרינן הואיל היכא דחזי לאחרינא מתשובות הרשב"א · ואף שכתב שם ליישב זה · מ"מ לפענ"ד אכתי במקומי עומד דלפי דבריו מחולקים התוספות דפרק בכל מערבין עם התוספות דפרק אלו עוברין · ולפי דברינו ניחא · דשניהם כתבו דבריהם בסיגנון אחד · וגם כתבתי סברא נכונה מה דלא אמרינן הואיל היכי דלא חזי לאחרינא גבי עירוב · וזה הסברא שייך דוקא התם ולא במקום אחר ודו"ק: ודוחק לומר דהסוגיא דסוכה לא קאי אליבא דמאן דאמר בפרק כל שעה דאמרינן הואיל הא עכ"פ אליבא מאן דאומרים בפרק כל שעה דאמרינן הואיל יהיה קשה אמאי אינו יוצא באתרוג של תרומה טמאה מפני שאין בה היתר אכילה הא אמרינן הואיל · וגם לא נוכל לומר דאתרוג של תרומה טמאה אינו יוצא בה משום דלשריפה קאי וכתותי מיכתת שיעורי' כמה שכתב התוספות שם · דיכול הגמרא לומר זה הטעם עיין שם · מחמת שני טעמים · הדא כיון דאמרינן הואיל להו כתותי מכתת שיעוריה · שנית דשבק הגמרא עיקר הטעם · דכתותי מכתית שיעוריה שזה עיקר הטעם הוא דאל"כ תקשה למאן דסובר בפרק כל שעה דאמרינן הואיל אמאי לא יוצא באתרוג של תרומה טמאה ולא נקט הגמרא הטעם לפי שאין בו היתר אכילה שמטעם זה אינה פסול אליבא דכו"ע · אבל אי נימא דמיירי דהתרומה בבא ליד כהן ולפ"ז לא יש בה שום הואיל דהואיל אי בעי קרא לה שם דאיתא בפרק כ"ש · דהא הוא לא קרא לה שם ומה שייך לגביה הואיל · וגם הואיל אי בעי אתשיל לא שייך ג"כ כשבא ליד כהן · כדאיתא בנדרים (דף נ"ט) :

ועוד נראה לפי עניות דעתי מטעם אחר שאין ראיה מהא דאין יוצאין באתרוג של תרומה טמאה שיהא מזה למודר הנאה מלולב לא יצא · דהא לכאורה קשה לשיטת הרי"ף והרא"ש וסייעתו בפרק אלו עוברין (דף מ"ו) דגרסינן בגמרא שם הואיל אי בעי אתשיל עליה ממונו הוא עיין בדבריהם מהא דאיתא בביצה (דף י"ב ע"א) תני תנא קמיה דרב יצחק בר אבדימי השוחט עולות נדבה ביום טוב חייב עכ"ל הגמרא ואמאי לוקה הא אי בעי מתשיל עלה והוה צורך אוכל נפש · וכ"ת מכיון דמסקינן בגמרא שם דמני הברייתא ב"ש היא דלית ליה מתוך וכי היכי דלית להו מתוך ה"נ לית להו הואיל · זה אינו דהא כתבו התוספות בפסחים (דף מ"ו ע"ב) ד"ה אבערה · מכאן מוכיח ר"י דרבה דאמר הואיל · היינו אפילו לב"ש אמר ע"כ · ודוחק לומר דמאן דסובר הואיל הוא רבה ורבה פליג על הברייתא הזאת כיון דלא מתניא ביה רבי חייא ור' אושעיא זה דוחק · ועוד דאיתא בביצה שם מתקיף לה רבה ממאי דב"ש וב"ה בהא פליגי כו' היה לרבה להקשות קושיא עדיפא מזה שזה הקושיא אינה מוכרח כ"כ דאמר בלשון ממאי · הוה ליה להקשות דאף לב"ש לא אתיא כיון דרבה אית ליה הואיל אפילו לבית שמאי אינה לוקה · ועוד אחרת · כיון דלפי אתקפתא דרבה אתיא הברייתא אפילו לב"ה דב"ה ג"כ סברי דלא אמרינן מתוך · וכדכתב רש"י בהדיא בד"ה ואין וכו' והך מתניתין אפילו לב"ה עכ"ל רש"י א"כ רבה דאמר הואיל הוא דלא כמאן לא כב"ש ולא כב"ה כיון דלפי דבריו אפילו ב"ה סברי דהשוחט עולות נדבה ביו"ט חייב אלמא לא אמרינן הואיל · וגם האיך נוכל לומר דרבה פסק שלא כב"ה שאף התנאים לא נחלקו על ב"ה רק אמרו דלא נחלקו ב"ש וב"ה בדבר זה כדאיתא בכמה דוכתא וזה הקושיא קשה אפילו לשיטת רש"י דלא גריס בפרק אלו עוברין אי בעי אתשיל עלה ממונו הוא · מ"מ לרבה דאית ליה הואיל קשה האיך רוצה לומר דהמתניתין אתיא כב"ה דהשוחט עולות נדבה ביו"ט חייב · הא יכולין לומר הואיל אי בעי מתשיל עלה והוה צורך אוכל נפש · דהא כתב רש"י הטעם בפסחים (דף מ"ה ע"א) ד"ה אבל הכא וכו' דמשום זה לא גרסינן הואיל אי בעי אתשיל עלה ממונו הוא דאין בזה הואיל בדבר שאינה שלו · דנימא הואיל ואי בעי מייתי ליה ברשותו ובהאי הואיל לא מצרכינן דעל ידי הואיל יהיה ברשותו אלא רק מחמת ההואיל יהיה צורך אוכל נפש בזה אפילו לרש"י אמרינן · ואין לחלק דהא מ"מ בהך הואיל מייתי ליה ברשותו לכן לשיטת רש"י לא אמרינן · זה אינו דהא איתא בפסחים (דף ל"ח ע"א) דהא אמרינן הואיל ואי לא לקוח הוי והואיל שלא קרא עליה שם · מוכח מזה דאף דאי אמרינן הואיל מייתי ליה ברשותו מ"מ אמרינן הואיל דמה שכתב רש"י דאי לא אמרינן הואיל היכי דמייתי ליה ברשותיה היינו דוקא דאי לא מייתי ברשותיה אין הדין כן · אבל הכא צריכין אנו רק שיהא לה היתר בכל מושבות ואף דלא אתא ברשותיה כדין כן רק דממילא ע"י הך הואיל מייתי ליה ברשותיה ולפ"ז גבי עולת נדבה אמרינן ג"כ הואיל אף לפי שיטת רש"י · ועוד דעולה קאי ברשותו אף קודם שנשאל דאיתא בחולין (דף מ"א ע"א) כיון דקנו ליה לכפרה כדידיה דמיא ואיתא בזבחים (דף ו' ע"א) איבעיא להו עשה דלאחר הפרשה מכפרה או לא מכפרה כו' ופירש"י עשה דלאחר הפרשה כו' התם עולה קאי שנזבחו לשמן ועיין עוד שם (בדף ז' ע"א) אמר רבא חטאת ששחטה לשם חטאת כשירה לשם עולה פסולה כו' עכ"ל הגמ' ועיין שם בסוגיא וכיון דעולה מכפרת אי עבר אעשה לא אמרינן כיון דהקדיש אינה שלו דכיון דקנו ליה לכפרה לכפר בו העשה הוי כדידיה כדאיתא בחולין ולפ"ז העולה לא יצא מרשותו מעולם אף לאחר שהקדיש אמאי לוקה לרבה אפילו לב"ה כיון דאית ליה הואיל וה"נ הואיל אי בעי מתשיל עלה והוי צורך אוכל נפש ואפילו לרש"י אמרינן הואיל כי האי גוונא וכי תימא כיון שנשחט לשם עולה שוב אינה יכול לשאול

שאלה

שיצא לחולין כדכתב התוספות פרק ג' דכריתות (דף י"ג ע"ב)
על הך מתניתין דתנן יש אוכל אכילה אחת וחייב עליה ד'
חטאות ואשם אחד טמא שאכל חלב נותר מן המוקדשים
ביוה"כ וכתב על זה התוס' ד"ה אבל חטאות והא דלא חשיב
כגון שנשבע שלא יאכלנו ואכלה י"ל מידי דאיתא בשאלה לא
קתני ומוקדשין דתני אע"ג דהוי בשאלה מ"מ השתא שנשחטו
ונזרק דמן כהלכתן ליתא בשאלה. אבל צ"ל דאיירי בבכור
בשרי קאמר בגמרא אקדישה מיגו דאיתוסף וכו' דאי הוי
מיירי בבכור לא הוה אמר אקדישה שרי. קדש בפטר רחם
עד כאן לשון התוספות. אלמא דלאחר שחיטה וזריקה ליתא
בשאלה. זה לא נוכל לומר לפי דברי הטורי אבן בראש השנה
(בדף כ"ח) ד"ה הרי וכו' וז"ל אלא שאני רואה שנעלם
מהתוספות גמרא ערוכה פ"ג דשבועות (דף כ"ד) דאמר רבא
דשבועה חלה על שבועה על ידי כולל ופריך עלה מהא דיש
אוכל אכילה אחת וחייב עליה ד' חטאות. ואם איתא משכחת
לה ה' כגון שאמר שבועה שלא יאכל תמרים וחלב מיגו
דהיילא אתמרים חיילא נמי אחלב. ומשני כי קתני איסור
שבא מאליו איסור שבא מעצמו לא קתני והרי הקדש
בבכור דקדים מרחם. אי בעית אימא כי קתני מידי דלית
ליה שאלה שבועה דאית ליה שאלה לא קתני והרי הקדש
אוקימנא בבכור עכ"ל הגמרא. הרי דלהטו תרתי שנויא
הקדש דמתניתין דיש אוכל אכילה אחת מבכור איירי לשינויא
בתרא ש"מ דיש שאלה אפילו לאחר זריקה דהא נותר דקחשיב
הוא לאחר זריקה הוא כדאיתא בפרק קמא דנדרים (דף י"ב)
והא נותר לאחר זריקת דמו ואפי"ה מוקי לה בבכור שאין לו
שאלה אבל לא משאר מוקדשים הואיל ויש להם שאלה לא
קחשיב ש"מ דאפילו לאחר זריקה יש שאלה וכו' עכ"ל. וא"כ
הדרא קושיותינו לדוכתא אמאי השוחט עולות נדבה היה לוקה
לרבה הא הואיל אי בעי אתשיל עלה והוי לצורך אוכל נפש
דהא לאחר שחיטה נ"כ יכול לשאול כדמוכח בשבועות כדכתב
הטורי אבן. וכ"ת דלא נוכל לומר הואיל אי בעי מיתשיל
עלה לאחר שחיטה דהוי גורם לבטל למפרע עשה דאיסור
חולין שנשחטו בעזרה. דהא כתב הטורי אבן שם דלא אם
מתשיל לא גורם לבטל האיסור דחולין שנשחטו בעזרה.
וצריכין אנו לתרץ דהא כתבו התוספות בפסחים (דף מ"ו)
ד"ה רבה כו' וא"ת אי אמרינן הואיל א"כ בטלת כל מלאכת
שבת הואיל ורחוי לחולה שיש בו סכנה וי"ל כיון דלא שכיח
כלל לא אמרינן הואיל עכ"ל התוספות ולפ"ז ניחא מאי
דאיתא בביצה השוחט עולות נדבה ביו"ט חייב דהא לא נוכל
לומר הואיל אי בעי אתשיל עלה ויהיה לורך אוכל נפש
דלאחר שנשחט. בודאי לא שכיחא שיתשול עלה. וכיון דלא
שכיח לא אמרינן הואיל. ומשו"ה חייב אם שחט עולות
נדבה ביו"ט אף לרבה דאמר הואיל. ומאי דאמרינן באלו
עוברין הואיל ואי בעי מתשיל עלה ממונו הוא. התם שומד
נ"כ לומר להתשיל דאי לאו הכי ילך לאיבוד החלה דהיינו שתחמיץ
לכן יתשיל עלה ויהיה ממונו ויהיה מותר לאפות. ומה שהקשה
התוספות שם דאמאי אמרינן דלר"מ דסבירא ליה מעשר שני
ממון גבוה הוא אין אדם יוצא ידי חובתו במצה של מעשר
שני טומא הואיל אי בעי מתשיל עלה. דהתם נ"כ עומד
להתשולי דכיון דלריך המעשר שני לצאת ידי חובת מצה
יתשיל עלה כדי שיוכל לצאת ידי חובתו וכי תימא דיכול
לפדות הא אסבר דאין לו מעות לפדות [ומה שהקשה על
דברי התוספות השער המלך בפרק שני מהלכות חמץ ומצה
הלכה ח' דנהי קושיא דהתם שאני דאי מתשיל עלה נמי
הדרא לטיבלא ואין יוצאין במצה של טבל כדתנן בפרק כל
שעה ואי בעי מתקן לה ומפרים עליה ממקום אחר
ליכא למיחר דאין מגביהין תרומות ומעשרות ביום טוב
ולפענ"ד לתרץ לפי מאי דאמרינן בפסחים (דף ל"ה ע"ב)
ת"ר יכול יוצא אדם ידי חובתו בטבל כו' תלמוד לומר לא
תאכל עליו חמץ מי שאיסורו משום בל תאכל חמץ יצא זה
שאין איסורו משום בל תאכל חמץ אלא משום בל תאכל טבל
עכ"ל הגמרא. ולפ"ז יוצא אדם ידי חובתו במצה של מעשר
שני אף שלא יכול לצאת בו אלא א"כ אמרינן הואיל אי בעי
מתשיל עלה מ"מ הוא אוכל המצה קודם שנשאל על מעשר שני
דליכא איסורא משום בל תאכל טבל קודם שמאל לכן יוצא.
ואפילו למאי דפירש"י הטעם. בד"ה דמאי דמשום הכי אינה
יוצא במצה של טבל משום דהוה מצוה הבאה בעבירה וכן פירש
הר"ן שם מ"מ יוצא ידי חובתו במעשר כזה שאנו צריכין לומר
הואיל אי בעי מתשיל עלה מ"מ הא הוא אוכל המצה קודם
שנשאל עלה וליכא שום איסור דנאמר דאין יוצא בה משום
דהוה מצוה הבאה בעבירה כיון דליכא שום נדנוד עבירה בעת
בשעת שאוכל לכן יוצא בה. ולפ"ז שפיר הקשה התוספות אמאי
אינה יוצא במצה של מעשר שני לר"מ הא הואיל אי בעי
מיתשיל עלה ומיקרי הואיל דשכיח כמו שכתבתי] ומה שהקשה
התוספות אמאי אמרינן אבל אתה רואה חמץ של גבוה התם
נ"כ שכיח לאיתשולי כדאמרינן בע"א (דף י"ג ע"א) אין
מקדישין ואין מחרימין בזמן הזה ופירש"י ע"ז ואין מחרימין
קסבר סתם חרמים לבדק הבית דפלוגתא היא בערכין (דף
כ"ח) וכיון דהשתא ליכא בית המקדש אתי בהו לידי תקלה
דמתגי מהקדש ומעילה. ומה שהקשה על מעשר שני והקדש
דיכול לפדות נ"כ הואיל דשכיח הוא דבין במעשר שני ובין
בהקדש אית ליה רווחא אם יפדה כמו שכתבתי לעיל וגם
מבואר שם עוד טעם אחר על מעשר שני. ומהני הואיל
דפרק כ"ש שכ' תו' שם נ"כ לא קשה דהואיל דשכיח הוא
כיון דנטמא לפדות הן עומדין. ומפני זה אין אני מבין מה
שהוכיח הרשב"א דאין אדם יוצא אם נדר מלולבו ולא אמרינן
אי בעי אתשיל עליה מהא דאין יוצאין באתרוג של תרומה
טמאה דמוכח מזה דלא אמרינן הואיל אי בעי מתשיל עלה
דהתם שאני כיון דנטמא האתרוג של תרומה טמאה אין עומד
לאיתשולי עלה דיהיה לו פסידא דהדרא לטיבלא ויהיה צריך
להפרים עליה ממקום אחר ואין מפרישין מטהור על הטמא
כדאיתא בתרומות ריש פרק ב' וצריך לטמאותו תחילה ואח"כ
יפרים נמצא דהאתרוג שהיה מכבר תרומה לא חזי לו בימי
טומאתו והוה ליה פסידא. וגם לא שכיח שלא יהיה כבר
והוה מן החולין שהופרש האתרוג של תרומה טמאה הנ"ל
וכשישאל הדרא לטיבלא אף החולין ויבא לגרום שיהיה נהנה
מן הטבל הנאה של טלוי דאסור להנות מטבל הנאה של כילוי
כדאיתא בשבת (דף כ"ו ע"א) ת"ר בטבל טמא בחול וכו' וכתב
ע"ז התוספות בד"ה אין מדליקין פירש בקונטרס וה"ה בטבל
טהור ואין נראה דלא הוי כ"ש דמהיכי תיתי אלא ה"ה בטבל
טהור דילפינן טבל טהור מטבל טמא מה טבל טמא אין לך
בו שום הנאה של כילוי אלא מהרמה ואילך אף טבל טהור
כן כו' עכ"ל התוספות. וכיון שכן אינו יוצא באתרוג של
תרומה טמאה ולא אמרינן הואיל אי בעי אתשיל עלה דלא
שכיח לאתשולי כדכתבתי:

ועתה נחזור לדידן ביישוב הסוגיא דפסחים עם הסוגיא
דבכורות. דאם לא גרסינן בפסחים אי בעי למתשיל
עליה כפי שיטת רש"י שם. ולפי זה יהיה ניחא הא דמשמע
מבכורות דאמרינן הואיל אי בעי פודה. ותהא דאין יוצאין
במעשר שני לר"מ מוכח דלא אמרינן הואיל אי בעי פודה.
לא מבעי להפוסקים דסבירא להו דאיסורי הנאה המה ברשותו
ומקרי שלהם. [ומה שהביא הכא אברהם בפסחים (דף ו')
ראיה דאיסורי הנאה לא מקרי שלהם מהא דאמרינן (בכתובות
דף ל"ד) גבי מעשה שבת למ"ד דאיסורי מדאורייתא דדריש
מדכתיב קודש תהיה וכו' אי מה קודש אסור בהנאה אף
מעשה שבת אסורין בהנאה ת"ל לכם שלכם הא אלמא דאילו
היה אסור בהנאה לא הוי שלהם. ולפענ"ד דאין ראיה מזה
דהפירוש בגמרא אי מה קודש אסור בהנאה אף מעשה שבת
אסורין בהנאה פירושו כיון דקריא רחמנא קודש הוה דומיא
דקודש דדינו כקודש לכל דבריהם ולכן כיון שיש בקודש איסור
הנאה מעשה שבת נ"כ אסורין בהנאה וע"ז אמר הגמרא
תלמוד לומר לכם שלכם יהא מוכח מזה דמעשה שבת לא הוי
דינו כקודש לכל הדברים דקודש לא מיקרי שלהם ומעשה
שבת מיקרי שלהם וכיון דמוכח דמאי דקריא רחמנא קודש

אעפ"כ לא הוה דומיא דקודש לכן מותרין בהנאה דמאי דקריא רחמנא קודש הוא רק בא לאסור באכילה ומנא ידעינן דבא גם לאסור בהנאה · ובכל מקום מצריכין רבויא לאסור בהנאה לפ"ז אין ראיה מהגמרא הזאת דאיסורי הנאה מיקרי שלהם כמ"ש הבאר הגולה · דכוונת הגמרא דאמר ת"ל לכם שלכם הוא רק להוציא שאין דומה לקודש לגמרי מדכתיב לכם · לפ"ז ממילא ידעינן דמעשה שבת מותרין בהנאה כדכתבתי אבל מלכם לא ידעינן שום משמעות דמותרין בהנאה דאף איסורי הנאה מיקרי שלהם · ואדרבה יש ראיה להיפך דאיסורי הנאה הוא ברשותו ושלו הוא דהא אמרינן בע"א (דף מ"ב ע"א) ורבא אמר לעולם כי פחסה ישראל נמי בטלה אלא גזירה דילמא מגבה לה והדר מבטל לה והוי עכו"ם ביד ישראל וכל עכו"ם ביד ישראל אינה בטילה לעולם עכ"ל הגמרא וע"ז אסור בהנאה ואפילו הכי אמרינן דילמא מגבה ליה ויהיה עכו"ם של ישראל ואינה בטילה עולמית אלמא דאיסורי הנאה מהני בקנין להביאם שיהיה ברשותו מכש"כ שאינו יוצא מרשותו אף שהוא איסורי הנאה וראיה זו הביאו ריב"ש ואיני יודע מקומו כעת] · ולפ"ז דאיסורי הנאה אינו יוצא מתחת רשותו מש"ה גבי פטר חמור אף דאסור בהנאה הוא ברשותו לכן אמרינן אי בעי פודה אותה דהא דלא אמרינן הואיל גבי מעשר שני לר"מ כיון דיצא מרשותו לגמרי דסבירא ליה דממון גבוה הוא לכן לא אמרינן הואיל וחילוק זה מבואר ברש"י (בדף מ"ח) בפסחים ד"ה אבל הכא · וכן גבי אתה רואה חמץ של הקדש לא אמרינן הואיל אי בעי פודה אותה כיון דהקדיש יצא מרשותו לגמרי אלא אפילו לדעת הרשב"א דסובר דאיסורי הנאה אינה עומד ברשותו עיין בתשובותיו בסימן תשמ"ו ותשמ"ז · מכל מקום אינה קשה הסוגיא דבכורות על הסוגיא דפסחים הנ"ל דהא דסובר הרשב"א היינו דוקא באיסורי הנאה שאין לו בהם שום זכות וטובת הנאה כלל בגוף הדבר שנאסר בהנאה בזה אמרינן דבאיסורי הנאה אינה קאי ברשותו ואינה שלו · אבל היכא שיש לו זכות באיסורי הנאה בגוף הדבר ממונו הוא וקאי ברשותו כיון שיש לו זכות בגוה וראיה מע"א דמהני בו קנין אף שהוא איסורי הנאה דכיון דאם בטלה מותרת בהנאה לכן מהני בה קנין · ולפ"ז ניחא דגבי פטר חמור כיון דיש לו זכות דביני ביני יש לו ממון וזכות בגוף הפטר חמור · וראי' לזה מהא דאמרינן בבכורות שם דהגונב פטר חמור של חבירו משלם תשלומי כפל ואמרינן שם בגמרא דאתיא הברייתא זאת כר' יהודה דסבירא ליה דפטר חמור אסור בהנאה · מזה מבואר בכמה דוכתי ואחד מהן בבבא קמא (דף ע"ט ע"א) עיי"ש במתניתין ובגמרא וברש"י ובתוספות שם דהגונב צריך לקנות החפץ שגנב ולפי דברי הרשב"א דאיסורי הנאה אינם ברשותו ומכש"כ דלא מהני קנין שיקנה אחר אמאי קונה הגנב הפטר חמור כיון דפטר חמור אסור בהנאה אלא ודאי כיון דיש לו רווח דביני ביני יש לו זכות וממון בגוף הדבר אף שהוא איסורי הנאה · דאי לא תימא הכי דיש לו זכות ממון בגוף הדבר היאך יוכל להקנות הזכות של הפטר חמור במשיכת החפץ או בשאר קניינים כמ"ש רבינו יוסף הלוי גבי מנה אין כאן משכון אין כאן כיון שאינו קונה המשכון לא נתחייב לו המנה שנתמשכן עליה הביאו הנימוקי יוסף בריש פ"ק דמציעא בסוגיא דהילך · וכיון שהוכחתי שלדברי הרשב"א יש להבעלים זכות וממון בגוף הפטר חמור אף דאיסורי הנאה הוא · לכן אמרינן הואיל אי בעי פודה אותה כיון דלא יצא מרשותו ויש לו זכות בגוף הדבר מה שאין כן גבי הקדש דאמרינן אבל אתה רואה המן של גבוה ולא אמרינן הואיל אי בעי פודה אותו אף דכבר כתבתי לעיל דגם התם יש לו רווח דביני וביני דבזמן הזה יכול לחלל שוה מנה בפרוטה אף לכתחילה מ"מ לא חשיב ממון וקנין בגוף החפץ רק זכות מבחוץ הוא · דזכי ליה רחמנא כיון דבזמן שבית המקדש קיים אסור לכתחילה לחלל שוה מנה בפרוטה ואף דבזמן הזה יכולין לחלל אף לכתחילה דאף אם יחלל בשויא ילך לאיבוד וכי מחמת זה יתנו לו שיהיה לו זכות בממון בגוף ההקדש · דהא אם יבנה בית המקדש במהרה אינו יכול לחלל לכתחילה רק בשויא

וכיון דגבי הקדש הזכיה רק מבחוץ ואין לו זכות כלל בגוף הדבר לכן לא אמרינן הואיל ואי בעי פודה אותו כיון דהזכיה מבחוץ אינו מיקרי ברשותו לגמרי וגבי מצה של מעשר שני דאמרינן לר"מ דאין אדם יוצא ידי חובתו במצה אף דיש לו זכיה כדכתבתי לעיל שהזכיה הוא ג"כ מבחוץ כיון דסבירא ליה לר"מ דממון גבוה הוא יצא מרשותו לגמרי · לכן לא אמרינן בהו הואיל ואי בעי פודה אותו וזהו רק למאן דלא גריס בפסחים (דף מ"ו) הואיל ואי בעי מתשיל עלה ממונו הוא אבל לפי דברי הרי"ף והרא"ש ושייטתם דגרסינן שם הואיל ואי בעי אתשיל עלה נמצא לפ"ז אף היכא דאין הדבר ברשותו אמרינן הואיל להביאם ברשותו דחמץ אינו עומד ברשותו רק דעשאן הכתוב כאילו ברשותו לעבור עליו בבל יראה ובל ימצא כדאיתא בכמה דוכתי ישאר קושית התוס' אמאי לא אמרינן במצה של מעשר שני אליביה דר"מ וגבי חמץ של הקדש הואיל אי בעי פריק לה · אך יש לתרץ דבריהם שהמה סוברים כתירוץ הראשון של התוספות בפסחים (דף מ"ו) ד"ה הואיל דכיון דכתיב בהו לך לא אמרינן הואיל וכמו שכתבתי לעיל · אך צריכין אנו ליישב תירוץ שני של הר"י שם דלית ליה הך סברא בתירוצו השניה והוא גריס בגמרא הואיל אי בעי מתשיל עליה ממונו הוא ומסיק דהואיל אי בעי פריק לא אמרינן אע"ג דאית ליה רווחא דביני וביני כמו שכתבתי לעיל ובבכורות (דף י"א) אמרינן היכא דאית ליה רווחא דביני וביני אמרינן דהוי ממונא · וכדי לתרץ זאת אמרתי :

פרח יז

דהנה קשה על הסוגיא דפסחים (דף מ"ו) דאיתא שם במשנה כיצד מפרישין חלה בטומאה ביו"ט ר"א אומר לא תקרא לה שם עד שתאפה בן בתירא אומר תטיל בצונן אמר רבי יהושע לא זה הוא חמץ שמוזהרין עליו בבל יראה ובל ימצא וכו' · גמרא · לימא בטובת הנאה קמפלגי דרבי אליעזר סבר טובת הנאה ממון ורבי יהושע סבר טובת הנאה אינה ממון וכו' · והכא בהואיל קמפליגי דרבי אליעזר סובר אמרינן הואיל ואי בעי איתשיל עליה והוי ממונו ור' יהושע סובר לא אמרינן הואיל [קושיא א] קושית המפרשים ויחסו זאת הקושיא לבעל תוספת יו"ט דהא אמרינן בערכין (דף כ"ג) דלרבי אליעזר אין שאלה בהקדש והיכי אמרינן כאן דלרבי אליעזר אמרינן הואיל אי בעי אתשיל עלה [שנית] קושית הבעל שאגת ארי' בדיני חמץ סימן ע"ז מאי קאמר רבי אליעזר לא תקרא לה שם עד שתאפה ולא קודם שתאפה הא יש תקנה לבל יראה ובל ימצא בביטול ואפילו אי ס"ל לר"א כרבי יה"ג דאמר חמץ בפסח מותר בהנאה אפ"ה יש לו תקנה ע"י הפקר גמור ויכול להפקיר לטובת הנאה שיש לו בה לאחר הפרשה ושוב אינו עובר על בל יראה ובל ימצא [ג] עוד קושית הבעל שאגת ארי' שם לפי שיטת רש"י במסקנא דהואיל ואי בעי מתשיל עלה לכו"ע לא אמרינן וה"ג הכא בהואיל קמפליגי ותו לא והואיל דמלאכת יום טוב קאי דר' אליעזר סובר שרי לאפותה אף על גב דסוף סוף איכא חדא דלא חזי ליה אין כאן איסור מלאכה הואיל וכל חדא וחדא חזיא ליה דמצי למשקל מכל חדא פורתא · ור"י לא אמרינן הואיל דהא סופו ליטול אחד מהן לחלה הלכך כיון דטובת הנאה אינה ממון ולא עבר עליה מניחתה עד הערב ושורפה עד כאן לשונו · ואם כן האי לא תקרא לה שם עד שתאפה דקאמר ר' אליעזר היינו דאסור לקרות לה שם קודם שתאפה ומשום בל יראה דחמץ · ובע"כ טובת הנאה ממון ס"ל דאל"כ אמאי לא תקרא לה שם קודם שתאפה אם ירצה ואפילו את"ל דאף על גב דהיכא דאפשר בלא הואיל כגון לקרות לה שם קודם שתאפה מכל מקום איבעי למעבד על ידי הואיל לית לן בה ושפיר דמי לפיכך אם ירצה שלא תקרא לה שם עד שתאפה הרשות בידו · מ"מ ליתני דלא תקרא לה שם עד שתאפה משמע דאיכא עיכובא בדבר ואסור לה לקרא שם קודם שתאפה · וע"כ היינו טעמא משום דס"ל טובת הנאה

ממון

ממון וכ"כ מזה בדיני יו"ט סימן ס"ג ומשם תבין זה והשתא איכא למידק הא אמר התם תניא רבי אומר הלכה כר"א והרי בפרק ב' דקידושין (דף נ"ח) ובפרק ב' דנדרים (דף פ"ה) גבי הא דהגונב טבלי של חבירו מהדר הגמרא בכולי לישנא לאוקמי להא דרבי דהתם דס"ל דטובת הנאה אינה ממון והשתא תיקשה היאך קאמר רבי הלכה כר"א והא לר"א טובת הנאה ממון ורבי סבירא ליה דטובת הנאה אינה ממון ואע"ג שפירשתי שם דהא דאמר רבי הלכה כר"א לאו אכולי מילתא דר"א קאי אלא אהא לחוד דלר"א אמר הואיל קאי אבל במאי דס"ל לר"א דטובת הנאה ממון לא ס"ל לרבי כוותיה אלא טובת הנאה אינה ממון הא ודאי לפירש"י א"א לפרש בע"א אלא כמו שפי' שם וכמ"ש לפנינו בס"ד אבל מ"מ הדבר קשה טובא דאי רבי לאו אכולי מילתא דר"א קאמר הלכה לא ה"ל למסתם אלא לפרש · גם קשה קושית הצל"ח דבפסחים שם אמאי דאמרינן לא דכו"ע סברי טובת הנאה אינה ממון דקשה דסך דכולי עלמא לאו דוקא אלא קאי על ר"א ור"י אבל בן בתירא הא ודאי דלא סבר הואיל וכל חדא חזיא ליה דאל"כ למה לא יתפנה וכיון דאינו סובר הואיל שאינו מחוסר מעשה קל וחומר דלא סבר הואיל ואי בעי מתשיל וא"כ למה לא יניחנה כך אלא ודאי סובר שטובת הנאה ממון ועובר בבל יראה וכן מפורש בר"ן דבן בתירא ודאי סובר שטובת הנאה ממון · ולפ"ז כיון דעל כרחך פליגי תנאי בט"ה ומה הואיל הכא לן במה שאידם דכו"ע וכו' ומתוך כך הולכך להדבר פלוגתא בין ר"א ור"י בהואיל אי בעי אתשיל ומה חסר לו להביא סברת המקשה דגם ר"א ור' יהושע פליגי בטובת הנאה אי הוה ממון או לאו · וגם קשה קושית רש"י בפסחים (דף מ"ח ע"א) ד"ה אבל הכא לפי מאי דגרסינן דר"א סובר אמרינן הואיל אי בעי איתשיל עליה וממונא הוא דא"כ הקדש דקי"ל אבל אתה רואה של גבוה ולא פליג ר"א הא אי בעי פריק ליה והוי דידיה · וגם קשה קושית הצל"ח בפסחים שם אמאי דאמרינן לימא בטובת הנאה קא מפליגי דאף דפליגי בטובת הנאה אכתי קשה היך מתיר ר"א לאפות שהרי עובר משום לא תעשה מלאכה וכמו שפירש רש"י במסקנא דסוגיא דלקמן (דף מ"ח ע"א) בד"ה אבל הכא ע"ש · וא"כ על כרחך צריך לומר דר"א ס"ל הואיל ואמרינן הואיל וכל חדא חזי וכו' ור"י על כרחך לא סבירא ליה הואיל דאי ס"ל הואיל א"כ היך קאמר לא זה חמץ וכו' · והרי אמרינן הואיל ואתשיל וכו' ועבר בבל יראה וכדמשני התרכן לר"א אלא ע"כ ר"י לא סבירא ליה הואיל · וא"כ כיון דעל כרחך אף לפי הס"ד דפליגי בטובת הנאה אפילו הכי ע"כ פליגי גם בהואיל וא"כ מה היכריחו להוה אמינא זו לאפושי מחלוקת בחנם ומה חסר לנו דפליגי בהואיל לחוד ע"כ :

ונראה לתרץ הכל בחדא מחתא · דחדא מתורצת בחברתא דמה שהקשה הצל"ח כיון דלפי מאי דאמרינן בטובת הנאה קמיפליגי פליגי בהואיל ג"כ ואמאי צריכין לומר דפליגי בטובת הנאה דמתחילה היה סובר הגמרא דר"א לא סבירא ליה הואיל ואתשיל עליה ממונא הוא · דא"כ קשיא דר"א אדר"א דר"א סובר בערכין הנ"ל דאין שאלה בהקדש כקושית התוספות יו"ט הנ"ל ומשום הכי היה רוצה לומר דפליגי בטובת הנאה דמשום הכי סבירא ליה לר"א דלא תקרא לה שם עד שתאפה משום דטובת הנאה ממון · אך דלפי זה דאמרינן דפליגי בטובת הנאה הא קשה הא יכול לבטל כקושית השאגת ארי' כדכתבתי לעיל ע"ש · וגם יהיה קשה קושיה השניה מהשאגת ארי' דאמר רבי הלכה כר"א והא רבי סבירא ליה דטובת הנאה אינה ממון לכן אמר דפליגי בהואיל הואיל אי בעי אתשיל עליה · ואף דסבירא לר"א דאין שאלה בהקדש היינו דוקא בשהקדיש לגבוה דנראה לי דהטעם דר"א הוא משום דאמרינן בקדושין (דף נ"ט ע"א) דלא אתי דיבור ומבטל מעשה ועיין בגיטין (דף ל"ב ע"ב) וה"נ דכוותיה דכיון דקי"ל אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי נמצא בשעה שהקדיש הוי כעשית מעשה ולא אתי שאלה דהוא רק בדיבורו בעלמא ומבטל המעשה וזה היינו דוקא כשהקדיש לגבוה אבל

גבי חלה אפילו למאן דאמר טובת הנאה אינו ממון אינו רשאי ליטול הכהן בעל כרחו כדאיתא בירושלמי בנדרים פרק אחד עשר הלכה ג' · מדכתב רחמנא לו יהי' יתנם לכל מי שירצה עכ"ל הירושלמי · וכן פסק הרמב"ם בפרק ה' מהלכות אישות הלכה ו' ועיין בתוספות חולין (דף קל"א ע"א) ד"ה יש' ומשום הכי קרי לו ממון שאין לו תובעים ואם כן לא נוכל לומר דאמירתו לחלה כמסירתו לכהנים כיון שאינם מבוררין לאיזה כהן נותן החלה · [ואין לומר שיברר לו כהן דאם כן יהיה הכהן עובר בבל יראה וב"י · ואם נאמר דאיסורא לא ניחא ליה דלקני א"כ הוה כאינו מבורר הכהן · ובזה לא יהיה סתירה מתוס' יבמות (דף ג' ע"א) ד"ה קנויה דכתבו דגבי תרומה אמרי' אמירה לגבוה כמסירה להדיוט · דהתם איירי במבורר לו כהן ודו"ק] אינו זוכה באמירה דלא תהא אמירה גדולה ממסירה ובכי האי גוונא בהדיוט אפילו מסר לחבירו ואמר לו זכי למי שירצה ראשון לא זכה · וסברא זו שבנתי מעצמי ואחר כך מצאתי הסברא זאת במחנה אפרים בהלכות צדקה סימן ב' · וכיון דלא שייך בחלה אמירתו כמסירתו לכהן · א"כ לא הוי מעשה · ומודה רבי אליעזר דיש שאלה כיון דאמירתו הוי רק דיבור ואתי דיבור דשאלה ומבטל הדיבור · עיין בסוף כפתור רביעי שהארכתי בזה ועי"ש בפרח י"א · עוד נוכל לומר כיון דעדיין הוא ברשותו דאין הכהן רשאי ליטול החלה בעל כרחו · לכן הוי ברשותו קצת שיש לו זכות בהחלה ליתן לאיזה כהן שירצה · ע"כ אמרינן הואיל ואי בעי אתשיל עליה אף לר"א אבל בהקדש כיון דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ויוצא מרשותו לגמרי לא יכול להביא ברשותו על ידי שאלה · ואפשר שזה כונת התוס' יו"ט שכתב שיש חילוק בין חלה להקדש דרבי אליעזר מודה בחלה שיש שאלה ולא כתב שום סברא מפני מה מודה ר"א בחלה ועיין זה כתב הר"ן בנדרים (דף פ"ה ע"א) ד"ה הוא · ולפ"ז ל"ק מאי שהקשה רש"י אמאי דאמרינן אבל אתה רואה של גבוה אמאי לא אמרינן הואיל אי בעי פריק די"ל כיון דיצא מרשותו לגמרי דהקדש הוא לכן לא אמרינן הואיל · וכדי לתרץ שני הקושיות של השאגת ארי' אשר הבאתי לעיל לכן אמר הגמ' לא דכו"ע סבירא להו טובת הנאה אינה ממון והכא בהואיל קא מפליגי כו' דבזה יהיה ניחא קושיות השאגת ארי' הא יכול לבטל כיון דלא הוי ממונא רק על ידי הואיל נמצא דאינו זוכה בגוף הממון רק הזכיה מבחוץ ואינו יכול לבטל ולהפקיר כמו שכתב רבינו יוסף הלוי · ולפי הנימוקי יוסף גבי מנה אין כאן משכון אין כאן וכביאו בסוגיא דהילך בריש מציעא · ועיין זה כתב המקור חיים בסימן תל"ח בדיני בדיקה וביטול אף שדבריו אינם מובנים לי כמו שאכתוב לקמן בס"ד · אבל לפי מה שכתבתי ניחא וגם מתורץ קושית השאגת ארי' האחרת כיון דסבירא ליה טובת הנאה אינה ממון אמאי פסק כרבי אליעזר לכן אמר הגמרא דפליגי בהואיל אבל טובת הנאה אינה ממון · גם יהיה מתורץ קושית הצל"ח כיון דלרבי יהודה בן בתירא ע"כ סבירא ליה דטובת הנאה ממון וכיון דע"כ פליגי תנאי בזה אמאי אמרינן דפליגי גם בהואיל דכיון דרבי פוסק כרבי אליעזר ורבי ס"ל טובת הנאה אינה ממון לכן צריך הגמרא לומר הטעם דרבי אליעזר משום הואיל אף בטובת הנאה אינה ממון ומפני זה אמר הגמ' שם דכ"ע טובת הנאה אינו ממון והכא בהואיל קמיפלגי וכו' כדי לתרץ השני קושיות של השאגת ארי' · והשתא ל"ק הא דמוכח מבכורות (דף י"א) דאמרינן היכא דאית ליה רווחא הוי ממונא וכמעשר עני וגבי הקדש ג"כ אית ליה רווחא דביני ביני כדאמרינן לעיל · די"ל לומר דכיון דפטר חמור לא יצא לגמרי מרשותיה · לכן אמרינן הואיל אי בעי פריק היכא דאית ליה רווחא דביני ביני · אבל גבי הקדש דיצא מרשותיה לגמרי · וכן גבי מעשר עני אליבא דר"מ דממון גבוה הוא גם כן יצא מרשותיה · לכן לא אמרינן הואיל אי בעי פריק כיון דהוי הואיל גרוע כמו שכתבו התוספות דאינו נחשב חמץ עכו"ם וכו' משא"כ הכא דנוכל לומר הואיל אי בעי איתשיל דהוא הואיל טוב אמרינן דעל ידי הואיל הוי ממונא · כן נראה לי דעת התוספות · היוצא מדברינו

היכא דהקדים אתרוג או ארבע כנפות על תנאי אם יתן כך וכך אף שהוא יותר מ"מ לא יצא כדכתב התוספות בפסחים (דף מ"ו) ד"ה הואיל ותירץ ר"י דשאני הכי דכתיב בהם לה' אע"ג דאי בעי אתשיל עליה השתא הכתוב של גבוה כדהבאתי דבריהם לעיל · אך היכא דהקדים לצדקה דלא כתיב בהו לה' וגם נוכל לומר דמקרי נכסי הדיוט עיין בר"ן בנדרים (דף ז' ע"א) ד"ה ולענין הלכה · שהביא ראיה מסוגיא דחולין (דף קל"א) שספק ממון עניים הרי הוא כשאר ספק ממון דהדיוט דאזלינן ביה לקולא לנתבע וגם הביא ראיה מיומא (דף ה' ע"א) ועיין בש"ך ביו"ד (בסימן רנ"ט ס"ק י"ד) שהביא כמה פוסקים שסוברים כדעת הר"ן · לכן אם הקדים לעניים שיתן זאת לעניים מחויב להטיל בה ציצית לפי שיטת הרי"ף והרא"ש והתוספות ושאר פוסקים שהבאתי בפרח הקודם דגרסינן בפסחים (דף מ"ו) הואיל אי בעי איתשיל עליה והוי ממונא ולפי הנראה דהלכה כוותייהו דרבים המה וגם הוכחתי לעיל שאף לדעת הרשב"א (הובא ברמ"א בסי' תרמ"ט) שסובר דאינו יוצא בלולב שנדר ולא אמרינן הואיל אי בעי איתשיל עליו דיכול לגרוס גם כן בפסחים הואיל אי בעי איתשיל עליה וכו' דמחמת הואיל אמרינן דג"כ הוא יש לו חלק בה אבל ודאי גם לאחרים יש חלק בזה הדבר קודם דאיתשיל לכן אינו יוצא בלולב שנדר · אבל גבי ארבע כנפות דאמרינן בחולין (דף קל"ו ע"א) ציצית אע"ג דכתב רחמנא כסותך דידך אין שותפות לא כתב רחמנא על כנפי בגדיהם לדורתם וכו' עכ"ל הגמרא וכן פסקו בשולחן ערוך באו"ח (סימן י"ד סעיף ה') לכן מחויב להטיל בה ציצית אף קודם שאתשיל אף לדברי רשב"א והביאו רמ"א להלכה בסימן תרמ"ט כדכתבתי · אבל גבי אתרוג היכא דלית ליה רווחא דביני ביני דהיינו שהקדים אתרוג שיתן זאת אף דיכול לתשיל מ"מ הוי כמו אתרוג השותפים ואין יוצאין בו לפי דעת הרשב"א הנ"ל· ונוכל לומר שגם הרי"ף והרא"ש ושאר פוסקים שגורסים בפסחים הנ"ל הואיל אי בעי אתשיל עליה וכו'. שסוברים גם כן כדעת הרשב"א כדכתבתי לעיל· אבל היכא דהקדים אתרוג לצדקה אך אם יתן סך כמה וכמה יהיה שלו ואתרוג שוה יותר מהסך שנדב דאית ליה רווחא דביני ביני מוכח מבכורות (דף י"א) דהוי שלו לגמרי ואין לאחר חלק בו בזה אתרוג כדכתבתי למעלה · כן נראה לפי עניית דעתי :

פרח יח

ולפי דברינו . אלו שכתבנו דמשום הכי סובר רבי אליעזר דלא תקרי לו שם עד שתאפה משום דכיון דהואיל ואי בעי איתשיל עליה ממונא הוא ועבר על בל יראה ובל ימצא דאינו יכול לבטל דמשום הואיל לא יש לו זכיה בגוף הדבר רק זכות מבחוץ יש לו בחלה זו משום דאי בעי איתשיל עלי' וכיון דאין לו זכיה בגוף החלה אינו יכול לבטל· צריכין אנו לתרץ דברי הרמב"ם דפרק ששי מהלכות חמץ ומצה ה"ל ח' הכהנים וכו' וכן יוצאין במצה של מעשר שני בירושלים וכתב על זה הכסף משנה בשם הרב המנות תימא דהא קיל"ן כר"מ דאמר פרק האיש מקדש (דף כ"ד ע"ב) דמעשר ממון גבוה הוא ואמר רב אסי (פסחים לח) לדברי ר"מ אין אדם יוצא במצה דמעשר שני · ובלחם משנה מבואר יותר הקושיא דבסוף פ"ג דהלכות מעשר שני בנטע רבעי פסק כר"מ דאמר מעשר ממון גבוה כמבואר שם ומה שתירץ הר"י קורקוס כבר תמה עליו השער המלך שם · ומה שתירץ הרב לחם משנה גם עלי' תמה השער המלך שם · ומה שכתב שער המלך ליישב שם לפי מה שכתבנו גם תירוצו אינו עולה יפה שכתב לתרץ דברי הרמב"ם דלרבינו ז"ל קשיא לי' מה שפסקו התוס' ז"ל פרק אלו עוברין (דף מ"ו ע"ב) ד"ה הואיל וז"ל תימא לרשב"א אמאי אמרינן פ' כל שעה דמצה דמעשר שני אינו יוצא ידי חובתו בפסח לר"מ דסבר ממון גבוה הוא ולא חשיב מצתכם והא אילו בעי איתשיל עלה ומתשבינן כשלו והנראה שכונתם ז"ל משום דמשמע להו דהא דר"מ הלכה כר"א דקיל"ן כותיה דמעשר שני

ממון גבוה כדאמרינן בקידושין ומשום הכי קשיא להו הלכתא אהלכתא דקי"ל הלכה כר"א דאמר הואיל ואי בעי מתשיל עלה ומשום הכי הוצרכו לתרוצי דשאני התם דכתיב לה' עיין בס' פני יהושע בחידושי' מהרי"ל (דף כ"ד) ועיין שם אמנם רבינו ז"ל לא ניחא ליה בהאי תירוצא ואשר על כן הוכרח לומר דהא דקאמר רבי אליעזר דמצות מעשר שני לדברי רבי מאיר אין אדם יכול לצאת ידי חובתו בפסח היינו משום דר"מ לא ס"ל כרבי אליעזר דאמר הואיל ואי בעי איתשיל אלא כרבי יהושע דסבירא ליה דלא אמרינן הואיל מדקתני בברייתא עיסה של מעשר שני פטורה מן החלה דברי רבי מאיר · ואי סבירא ליה כר"א דאמרינן הואיל · ושפיר קרינן ביה עריסותיכם הואיל ואי בעי מיתשיל · ואי נימא אפילו דקך ברייתא לא שמיע ליה לרבי אליעזר כדמשמע רהיטא דשמעתא איכא למימר דרב אסי דקאמר לדברי רבי מאיר אין אדם יוצא ידי חובתו בפסח היינו משום דס"ל דלכולי עלמא לא אמרינן הואיל ופלוגתייהו דרבי אליעזר ורבי יהושע בפרק אלו עוברין בטובת הנאה ממון הוא דפליגי · וכדהוה בעי תלמודא למימר התם · אמנם לפום מאי דקיל"ן דהלכה כרבי אליעזר דאמרינן הואיל ואי בעי איתשיל כמ"ש רבינו (בפ"ג מהלכות יו"ט דין ט') הכי נמי דמצה דמעשר שני יוצא בה ידי חובתו ועיסה של מעשר שני חייבת בחלה ושפיר קרינן ביה עריסותיכם הואיל ואי בעי איתשיל ובהא לא פסקינן כרבי מאיר · ומאי דקאמר תלמודא פ' האיש מקדש דהלכה כר"מ היינו דוקא לענין קדושין דבעינן שיהא ממונא בשעה שהוא נותן הקדושין והתם לא מהני טעמא דהואיל כמו שכתב הבעל לחם משנה ז"ל בפרק ד' מהלכות אישות גבי ישראל שקידש במעשר שני דדוקא ישראל עני שקידש במעשר עני אבל ישראל דעלמא לא ולא מהני טעמא דהואיל ואי בעי מפקיר לנכסיה והוה עני · וכן כתב הרשב"א ז"ל בתשובותיו סימן תר"ב דבקדושין לא מהני הואיל כמ"ש כמבואר בדברי הרמב"ם בדין ג' הלקט וכו' ומעשר שני והקדש שנפדו וכו' לא מהני טעמא דאי בעי איתשיל עליו ופ"ש · ומתחילה אכתוב טעם הדבר מפני מה אם קידש במעשר שני אינה מקודשת ולא אמרינן דמקודשת כמו דאמרינן דיוצא במצה של מעשר שני לפי דברי שער המלך ומשום טעמא דהואיל דמאי שהביא השער המלך ראיה מדברי הרשב"א ומדברי הבעל לחם משנה כלפענ"ד דאין ראיה· דמרשב"א אין ראיה דשם הוי המעשה דאשה המתקדשת נדרה הנאה מראובן המקדש והשיב רשב"א דלא אמרינן מיגו דאי בעי אשה המתקדשת לשאול על נדרה· כיון דלא אמרינן הואיל אלא על הנכסים שלו ולא על נכסי אחרים והביא ראיה לזה מש"ס פרק יש נוחלין הכותב נכסים לאחר והוי בהם עבדים וכו' אבל הכא דהנכסים הוה ברשותיה אף דמעשר שני ממון גבוה הוא מ"מ הוא קנאת ברשותיה דהוא יכול לאוכלה ואין אחר יכול לאכול שלא מדעתו וגם הוא יכול לחלל ואין אחר יכול לפדות שלא מדעתו עיין בתוס' בבא קמא (דף ס"ט) ד"ה קרא וגם עיין בתוס' שם (בדף ס"ח) ד"ה הוא·וכיון דברשותיה הוא מודה רשב"א דאמרינן הואיל · [ומזה אין סתירה לדברי מה שכתבתי בפרח הקודם והמבין יבין] ומלחם משנה אין ראיה דעשיר שקידש במעשר עני אינה מקודשת ולא אמרינן הואיל ואי בעי והוי מפקר לנכסיה ויהיה המעשר עני שלו דהא המתקדשת סוברת דעשיר הוא ויכול להיות דעל מנת כן נתקדשה לו עיין בקידושין (דף מ"ח) במשנה שם בע"ב · לכן ממה נפשך אינה מקודשת דאם מפקיר לנכסיה והוי המעשר עני שלו אינה מקודשת דהיא סוברת דעשיר הוא ואי לא בעי מפקיר נכסיה אינה מקודשת דהא המעשר עני אינו שלו · וע"כ אומר אני מטעם אחר דאינו יכול ליתשיל עלי' דלפי הנראה הטעם הא דאמרינן בנדרים (דף כ"ט ע"א) דאם בא התרומה ליד כהן לא מצי למיתשל עליו כיון דהתם מעשה שנתן ביד כהן בתורת תרומה לא אתי הדיבור דשאלה ומבטל המעשה כעין דאמרינן בקידושין (דף מ"ט ע"א) ועיין בגיטין (דף ל"ב ע"ב) ואף שמפירוש רש"י ור"ן שם משמע טעם אחר אך מפירוש הרא"ש משמע קצת שם כמ"ש · וכן נראה לי שנוכל לומר שזה דעת הרמב"ם

שם ועיין ברמב"ם הלכות תרומות הלכה י"ז ובכסף משנה שם וכיון שכן אם קידש האשה במעשר שני אף דממון שלו הוא הואיל ואי בעי איתפיס עליו מ"מ אין האשה יכולה לזכות מחמת שממון שלו הוא על ידי הואיל כיון דבא לידה בתורת מעשר לא אתי דיבור דשאלה ומבטל המעשה. אע"ג דסבירא להרשב"א בקידושין (דף נ"ב ע"ב) ד"ה ליה. דהא לר"ש. והרב המגיד מהלכות אישות פרק ה' הלכה ז' אע"פ דקי"ל יאוש בלבד אינו קונה הכא שהוא ביד האשה הרי יש כאן יאוש ושינוי רשות כשהיה בידה וכיון דקנאתו היא אף הוא קונה אותה. ויכולים לומר כמו דלא בעינן שיהא הממון שלו קודם הקדושין הכא נמי לא בעינן שתזכה היא מחמת ממון שלו כיון שקודם שבא לידה היה יכול ליתפיס ויהיה הממון שלו ויכולה להתקדש וכמו דסובר התוס' רי"ד בקידושין (דף ה') ד"ה התם על הסוגיא אם היה הסלע שלה מקודשת ולפי דעת הרמב"ן שהביא הר"ן בקדושין גם דאם אמרה האשה המתקדשת תנהו הקדושין לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת כיון שהוציא ממון על פיה מקודשת על פי דין ערב והכא נמי כיון שהוציא המעשר מרשותיה על ידי קדושין שלה שקיבלה ואינו יכול לשאול עלי' מקודשת:

פרח יט אות א

מכל מקום נראה לי דלהלכה נקטינן דבעינן שהאשה המתקדשת תזכה בהקדושין שיהא הממון שלה ואם לאו אינה מקודשת. דהנה המשנה למלך (בפרק ה' מהלכות אישות ה"ל א') ד"ה ודע כתב דבפ"ק דקדושין (דף ז') אמרינן בעי רבא שתי בנותיך לשני בני בפרוטה מהו בתר נותן ומקבל אזלינן והא איכא ממונא או דילמא בתר דידהו אזלינן והא ליכא. ונתבאר שם בדברי התוס' דבתר נותן אזלינן דקאמר לאו דוקא שהרי הנותן ע"כ בתורת שליחות בניו הוא ואי בתר נותן אזלינן הוה בעי שתי פרוטות כאילו הבנים בעצמם היו מקדשים אבל האיבעי היא אי בתר מקבל אזלינן לגמרי דשמא אין לחוש אלא שיקבל המקבל שוה פרוטה. והנה מדברים הללו יש סמך לדברי רש"י ז"ל דלעולם לא אזלינן בתר מקדש אלא בתר המתקדשת אלא דהתם נסתפקו בגמרא אי אזלינן בתר האב שהוא המקבל או בתר הבנות שהם המתקדשות. לכן נראה לי אף דסובר הרשב"א כהרב המגיד הנ"ל אף דלא הוי ממון דידה בעת המקדש מ"מ כיון דקנתה היא מקודשת כדהבאתי לעיל דהיינו דוקא שאין אנו צריכין שיהיה הממון של המקדש רק זאת אנו צריכין שיהיה הממון להאשה בקבלה הקדושין שלה והקידשה במעשר שני לאחר שבא בידה בתורת הקדושין לא יכול לשאול עלי' כמו שכתבתי לעיל. נמצא דאין ממון שלה דמעשר שני ממון גבוה הוא. ואף שדעת הרמב"ן שהבאתיו בפרח הקודם דלא בעינן שתזכה מ"מ נראה לי דאין פסקינן כותיה וגם סברת הרמב"ם אינו סובר כותיה כמו שאבאר. דאיתא בקידושין (דף ה' ע"ב) תנו רבנן התקדשי לי במנה תנה על גבי סלע אינה מקודשת ואם היה הסלע שלה מקודשת בעי רב ביבי סלע של שניהם מהו תיקו. וכתבו התוס' ע"ז ד"ה ואם כו' פי' בקונטרס דחצרה קונה לה ולא נהירא לי דא"כ מאי בעי סלע של שניהם מהו פשיטא דאינה קונה כיון דהוא חצר של שניהם כדאמרינן פרק המוכר את הספינה (דף פ"ד ע"ב) אמר ר' ינאי חצר של שני שותפים כו'. לכאורה נראה לתרץ קושית התוספות דרש"י לא פירש על הבעי דרב ביבי מטעם חצר רק רש"י פירש על הסלע שלה דמקודשת דחצרה קנויה לה עיין שם ברש"י ויכולים אנו לומר דפירש הגמרא לפי שיטת רש"י הוא כך דאם נתן על הסלע שלה קנתה הקידושין בתורת חצר וזה פשיטא ליה דמקודשת אבל אם נתן על הסלע של שניהם דהתם לא קניא בתורת חצר רק נוכל לומר דמקודשת כמו שפירש התוספות רי"ד כיון דהסלע של שניהם בכל לב אמרה לו ולא בדקך כעס וכאילו שם בידה דמי אך רש"י נטה קצת מפירוש רי"ד ומכל

פירושו עיין שם. לפי זה למאי דמספקא לן הגמרא אינו צריכה לזכות בהקדושין לפי שיטת רש"י וגם מהרמב"ם פ"ד מהלכות אישות הלכה ד' משמע ג"כ שמפרש כמו שפירש רש"י וכן כתב הגאון בעל ישועות יעקב באבן העזר סימן ל' וסעיף קטן ג'. ולפ"ז לא נוכל לומר דטעמא דהרמב"ם דפסק דיוצאים במצות של מעשר שני מטעם הואיל כפי דברי שער המלך והא דאינו מקודשת במעשר שני ולא אמרינן הואיל כיון דלא זכתה מחמת ממון דידיה של המקדש רק מחמת ממון גבוה כיון דלא מצי למיתפיס עליו אף שהוציא ממון על פיה. לא אמרינן כאילו שם בידה דמי כמו שכתבתי לעיל. לא נוכל לומר כן לדעת הרמב"ם מדמספקא ליה הגמרא באם היה סלע של שניהם לכאורה מוכח מזה לפי שיטת הרמב"ם דאמרינן כיון שהוציא ממון על פיה כאילו שם בידה דמי:

פרח יט אות ב

והנה ראיתי להגאון בעל ישועות יעקב באבן העזר סימן ל' סעיף קטן ג' שכתב לתרץ קושיות התוס' על הרש"י בקדושין (דף ה' ע"ב) דמשמע מרש"י דאם היה הסלע של שניהם מקודשת מטעם חצר. ומפרק המוכר את הספינה מוכח דחצר השותפים אינה קונה. כתב לתרץ זאת על פי מאי דתמה על הא דקיל"ן דשותפים אינם קונים זה מזה דבר בחצר השותפות דהא הגן קיל"ן כרבי אליעזר בן יעקב במס' נדרים פ' השותפין דאם נדרו הנאה זו מזה מותרין לכנוס בחצר השותפות וטעמא דמילתא משום ברירה דהוברר הדבר בשעה שנכנס בתוך החצר דבעצמו קא נכנס עיין היטב בר"ן שם. ומעתה הוא הדין כאן בשעה שבא לקנות מחבירו ויניח בחצר נימא הוברר הדבר דבדידי' קמניח ולמה לא יזכה לו חצירו הרי אינה נחשבה חצר חבירו לענין מודר הנאה ומדוע לענין קניין לא נימא כן. וכשתעיין היטב בדבר תראה שהיא קושיא גדולה אגוף הדין הזה עכ"ל. ונראה לי לתרץ הקושיא שלו בטוב טעם ודעת. ומתחילה נחקור הא דקיי"ל כר' אליעזר בן יעקב דשותפין שנדרו הנאה זה מזה מותרין לכנוס בחצר ואף להשתמש שם שאר התשמישים מותר. (כדמוכח במשנה שם ובפוסקים) עיין ברמב"ם פרק ז' מהל' נדרים הל' ד' וביורה דעה סימן רכ"ו). אם יכול לכנוס תמיד ולהשתמש תמיד בכל החצר ולא יכול חבירו לעכב עליו. נראה ברור דלכנוס בחצר תמיד אין יכול חבירו לעכב בשום אופן כיון שעל מנת כן לקחוהו שיכנסו דרך החצר דהא אין בו דין חלוקה עיין שם. אבל להשתמש תמיד נראה ברור שחבירו יכול לעכב עליו. דאף אם לא נדרו הנאה זה מזה יכול לעכב עליו שלא ישתמש יותר מחלקו המגיע לו כגון אם חבירו משתמש בשעה או בתים בחצר גם הוא ישתמש כנגד העת הזה ובודאי לא עדיפא החצר שנדר זה מזה מהחצר שלא נדר. ולפ"ז ניחא קושיא שלו. דהא דאמרינן דשותפין שנדרו הנאה זה מזה מותרין להשתמש בחצר היינו דוקא דיכי' להחצר דינו כקודם שנדרו זה מזה דמותרין להשתמש שניהם ביחד בהחצר. אבל שישתמש הוא לבדו שימוש בחצר זה ולא יכול חבירו להשתמש בחצר הזה. בודאי חבירו יכול לעכב עליו עד שיבררו שזה ישתמש יום או יומים. וחבירו ג"כ יום או יומים. ומותרים להשתמש אף שנדרו הנאה זה מזה באופן הנ"ל. אבל לא באופן אחר. לכן אין יכולים לקנות זה מזה דכיון דיש להם רשות להשתמש בחצר בעת שקונים זה מזה וכיון דבחצר יכול חבירו לעכב עליו שלא להשתמש עד שיבררו שבעת הזאת ישתמש זה ובעת אחרת ישתמש חבירו כנגדו הכי נמי בהחפץ שרוצים לקנות אגב חצר זה. ג"כ יכול למחות על חבירו שלא יקנו החפץ בחצר זה כיון דלא בררו שבעת הזאת ישתמש הוא בעת שרוצים לקנות. נמצא דלא הוה חצירו ממש לכן אין קונין זה מזה. ולכן אף דמותרין השותפים שנדרו הנאה זה מזה להשתמש שניהם ביחד דכל אחד בדידי' קמשתמש כמו שכתב הר"ן מ"מ אין קונין זה מזה בחצר השותפים

השותפים דחצר אינו קונה רק שיהי' שייך להקונה לבדו החצר לכן גם החפץ נקנה בחצר שיהיה שייך לו לבדו בקנין חצר כמו שהחצר שייך לו לבדו אבל כשיכולין להשתמש שניהם ביחד ועל המקום שמשתמש הוא יכול גם חבירו להשתמש ואין יכול לעכב עליו וכן אם הניח החפץ בחצר שיקנה בתורת חצר גם חבירו יכול להניח ג"כ חפץ באותו המקום ובעת הזאת לקנות לו חפץ בתורת חצר · לכן אין קונין זה מזה · דמעולם לא יצא החפץ מרשות המקנה שהוא שותף בחצר הזה כיון דגם המקנה יש לו רשות להניח החפץ במקום הזה ובעת הזאת בחצר כיון שהחצר הוא בשותפות · והגאון בעל ישועות יעקב כתב ליישב הקושיא הנ"ל בדרך אחר דכתב הש"ך בחו"מ סימן קנ"ח ובסימן ר"ב בהך דבעינן ליבורין בקנין אגב דתיפוק ליה דבלאו הכי קנה מתורת חצר · ותירץ דכיון דבשעת הקנין עדיין לא מיקרי חצרו לא קנה ובאמת שכן כתוב בספר שיטה מקובלת למסכת בבא מציעא בהך דמצאה בגל או בכותל ישן אקושית התוספות שם דליקני ליה חצרו לבעל הגל עיין שם היטיב · והנה הארכתי בזה בתשובה דלכאורה קשה מהך דמסכת גיטין (דף ע"ז) דקאמר הגרה מה שקנתה אשה קנתה בעלה · ומשני גיטה וחצרה באים כאחת · דהאי גבי גט דלאו מתורת קנין קאתינן עלה רק דבעינן ונתן בידה או ברשותה והיכא דבשעת הקנין הוא חצר שלה אמרינן גיטה וחצרה באים כאחד · אבל היכא דבעינן שהחצר יקנה הדבר בעינן שיהיה שלו מקודם · ואנכי אין מבין את דבריו דמה שכתב דגבי גט לא בעי קנין רק בעינן דאתי לידה כנ"ל נראה לפי עניית דעתי שזה אינו דהא איתא בגיטין (דף ע"ז ע"א) צריכותא דכתבה התורה דגבי גט אם נתן לחצרה מגורשת וגם גבי גנב אם הניח הגניבה בחצרו מחויב הגנב לשלם תשלומי כפל ובאר דברים ולגבי גנב בעינן שיקנה הגניבה כמבואר בכמה דוכתא בש"ס ואחד מהם בבבא קמא (דף ע"ט ע"א) במשנה ובגמרא וברש"י ועיין בחו"מ בסימן שנ"א · ואם נאמר דגבי גט לא בעינן שתקנה הגט לפי זה אף אם נכתב בתורה גבי גט דמגורשת אם זרקו לה בתוך חצירה מ"מ לא ידעינן גבי גנב אם הניח הגניבה בחצרו נתחייב הגנב משום שקנה את הגניבה · דלגבי גט לא בעינן שתקנה הגט לפי דברי הגאון בעל ישועות יעקב · שנית דהא מבואר בבבא מציעא (דף י"א ע"ב) דילפינן מציאה מגט דקטנה יש לה חצר וגם ד' אמות · ובמציאה בעינן ודאי שתקנה אותה · והיכא ילפינן בגט דשם לא בעינן שתקנה את הגט לפי דברי הגאון הנ"ל ועי' עוד בדברינו בכפתור שלישי ובמפתחות תמצא באיזה פרח הוא ושם נאריך אי"ה בזה · ומאי דהוכיח דלא בעינן בגט שתקנה אותו מדאמרינן בגמרא שם גיטה וחצרה באים כאחת ולפי דברי השיטה מקובלת בעינן שתהיה חצרה קודם הקנייה נראה לפי עניית דעתי דאין זה קושיא · דהתם בחצרה שלה הוא מנכסי מלוג רק דפריך הגמרא דמה שקנה אשה קנה בעלה ופירש רש"י ע"ז שקנה הבעל לפירות להשתמש בה ואכתי לא נפיק גט מיד הבעל ועל זה משני הגמרא גיטה וחצרה באים כאחד פירש כיון דזרק לה גיטה בתוך חצרה אין לבעלה המגרש פירות ונקנה הגט לה מחמת שמניח בתוך חצרה וכיון דבאמת החצר שלה הוא מכבר אף קודם שזרק לה הגט רק שהיה לבעל שיעבוד פירות ועל זה משני שגטה וחצרה באין כאחד שהוא מסולק מן הפירות ונקנה הגט לה עיין ברשב"ם ב"ב (דף כ"ג ע"ב) ד"ה אותה קונה · וגם בתוספות ובהרא"ש שם · אחר שאמרתי זאת לתרץ דברי שיטה מקובלת הנ"ל ראיתי שגם הגאון בעל ישועות יעקב בסימן קל"ט באבן העזר כתב ג"כ לתרץ דברי השיטה מקובלת ועיין תירוצו ותהלה לאל שכוונתי לדעתו הרחבה · וצריכין אנו לתרץ כתירוץ הר"ן וכעין זה כתב בחידושי הרשב"א דכיון דיש לה חלק בה כי אמרה לו תנה על גבי הסלע דעתה להתקדש ומיהו נמי כיון דניחא ליה לקדשה אקנויי אקני לה מקום באותה הסלע וקנייה לה או דלמא דכיון דסלע זו אינה שלה לגמרי דחיה בעלמא הוא :

פרח כ

וראיתי לבעל מחנה אפרים בהלכות מכירה וקנין חצר סימן ו' וחצר השותפין אינם קונים מקח זה מזה ומיהו מוכח מדברי הר"ן והרב המגיד ז"ל בפ"ק דקדושין גבי סלע של שניהם שאם גילה דעתו השותף שמשאיל לו מקומו כדי שיקנה בו קנה · איברא דצריך להבין בדבריהם דאפילו כי גילה דעתו במאי קנה חברו המקום · ונראה דהכי טעמא דכיון דיש לכל אחד מהם רשות בחצר להשתמושי ביה בדיבור בלבד יכול להקנותו לענין שאלה · ולכאורה יש סתירה לדבריו מב"ב (דף מ"ג) וישוב לזה מהגהת אשרי שם ועי' סמ"ע (סי' ל"ז ס"ק ז') ועי"ש אך אנכי איני מבין את דבריו · מלבד שלא כתב שום סברא לזה דהיכן מצינו שנקנה בדברים בעלמא · ונראה לי טעם של הר"ן שכתב אקנוי אקני למקום בסלע כמו שכתב הר"ן בחידושיו בבבא מציעא (דף ע"ז ע"א) ד"ה מכדי וכו' ומתרצן דבההיא הנאה דלא קאמר ולא מידי קא גמר ומקנה ליה כלומר דהנאה זו שהוא מחזיקו בנאמן וסומך עליו חשובה הוא בעיניה ומקנה אותה לו בה כאילו נותן לו דמים כדאמרינן בקידושין דנתינה באדם חשוב מקודשת דבההיא הנאה דמקבל מניה מתנה גמרה ומקנה נפשה והא דאמרינן תהא במאמינו לאו דוקא שיאמר לו בפירוש אלא סתמא כפירושו · ולפי זה ה"נ כיון דבההיא הנאה שרוצה לקדשה והאשה המתקדשת עושה רצונו ומתקדשת לו כאילו נותן לה דמים לאקנויי למקום בסלע שתהיה שלה ותקנה את הקידושין · ומה שכתב עוד הבעל מחנה אפרים דמוכח מטור חושן משפט סימן קע"ו שכתב דאם שכרו מקום והניחו זה חביתו וזה כדו הרי אלו שותפין דמוכח מהתם דסבירא ליה דמאי דאמרינן חצר השותפים אינם קונים זה מזה היינו כשהיה שם כבר החפץ וליכא הוצאה מרשות לרשות אבל כל שהביא עכשיו החפץ והניחו בחצר השותפות כדי שיקנה חבירו קנה ומשום האי טעמא דכל היכא דגילה דעתו שמשאיל לו מקומו עכ"ל אך לפי מה שכתבתי בפרח הקודם הא דחצר השותפים אינם קונים זה מזה היינו דוקא בעת שיש לשניהם רשות להשתמש אבל אם בירר שבזה השעה ישתמש זה לבד בחצר ובזה השעה ישתמש חבירו לבד בחצר בודאי קונה מחבירו · לכן יכול להיות מה שכתב הטור חו"מ דאם שכר מקום וכו' היינו שלאחר זה בירר שבשעה זו ישתמש זה ובשעה אחרת ישתמש חבירו לכן נקנה בשותפות (ומלבד זה נראה לי דהא דחצר השותפים אינם קונים זה מזה היינו דוקא כשאחד רוצה לקנות ולא חבירו אבל היכא ששניהם רוצים לקנות כל אחד מחבירו גמרו ומקני להדדי כמו שכתבו התוס' בסנהדרין (דף כ"ד ע"ב) ד"ה כל · אבל הכא לא הוה אסמכתא אלא היכא שאין יכול להרויח כגון משלים שטרי וכו' דגט פשוט (דף קמ"ח) אבל הכא לא הוה אסמכתא משום כיון דשניהם הם כל אחד ואחד מקני לחבירו מיגו דאי מרויח דבעי איהו למקני · בההיא הנאה גמר ומקני לחבירו והביאו הרמ"א (בסימן ר"ז סעיף י"ג) ואחר זה ראיתי בקצות החושן בס' קע"ו שהקשה ג"כ הקושיא של המחנה אפרים ותירץ שם ועיין שם · ואחר זה כתב ועיין (בסימן ר"ז ס"ק ד') ויכול להיות שגם כונתו לזה התירוץ · וגם בזה הסברא מיושב קושית התוס' בקידושין ח' ע"ב הנ"ל בד"ה משום דגמרי ומקני אהדדי כיון דשניהם רוצים להתקדש זל"ז גמר ומקני הבעל הסלע להאשה שתהיה שלה · בשעת הקדושין · ואף לדעת הר"ן נדרים (דף ל' ע"א) דהאשה עושה עצמה כהפקר עי"ש מ"מ גומר ומקנה ודו"ק) · ולפי דעתי מזה הוציא הרמב"ם דין אם שכר המקום בשותפות הנ"ל והביאו הטור בשמו שם דלכאורה קשה הא קיימא לן חצר השותפין אינם קונים זה מזה · ונראה לי ברור דלמד זאת מדמספקא ליה להגמרא בקידושין (דף ח') הנ"ל אם נתן על הסלע של שניהם הקדושין אם מקודשת אם לאו דלכאורה צריכין אנו ליתן הטעם מפני מה יש קדושין · וצריכין אנו לומר כתירוץ הר"ן דאף דחצר השותפין אינם קונים זה מזה אבל הכא אקנויה אקני לה מקום בסלע והוה כאילו נתן לו דמים בזה

כמו

כמו שכתבתי לעיל · והכא נמי מהאי טעם זה נקנו השותפות אם שכר מקום לשניהם כמו שכתבתי לעיל אף דגמרא מספקא ליה ולהרמב"ם פשיטא ליה דנקני ליה השותפות · נראה לי הטעם משום דבקדושין בעינן שהאשה יהיה סומכת דעתה יותר כמבואר בתוס' שם מש"ה אם שכרו המקום בשותפות סבירא ליה להרמב"ם דסומכין השותפין מחמת שרוצים להיות שותפין גמרי ומקני אהדדי המקום והוה כאילו נתן דמים בזה כמו שכתבתי לעיל והמה סוברים יותר שבודאי יקנה כל אחד המקום לחבירו על רגע אחת כמו שכתבתי לעיל · וכדכתב חידושי הר"ן שם דאם יש לו הנאה אקנויי מקנה לו והוה כאילו נתן המעות כנ"ל · ולפ"ז לא קשה מהא דקי"ל חצר השותפין אינם קונין זה לזה דהתם האחד רוצה לקנות מחבירו ולא השני לכן אין שום הנאה אל השני מחבירו שיהיה נחשב לו כאילו נתן לו מעות ויקנה לו שיהיה שייך לו לבדו החצר על רגע אחת לכן אין קונים זה מזה · ולפי זה נראה לי היכי דמכר לו זבינא דרמא על אפיה דיש לו הנאה להמוכר מה שמוציא אים שרוצה לקנות הפך כזה דרמא על אפיה כדאיתא בנדרים (דף ל"א ע"א) או בדבר שאינו מתקיים יש לו ג"כ הנאה למוכר שמוצא מי שרוצה לקנות דבר שאינו מתקיים עיין בע"א (דף ו' ע"ב) בסוגיא הנאה שרוצה חברו לקנות מאתו זבינא דרמא על אפיה או דבר שאינו מתקיים הוה כאילו נתן לו דמים ואקנויי ליה מקום בחצירו לקנות עבור הנאה הזאת · ומאי דאמרינן בבבא בתרא (דף פ"ד) דחצר השותפין אין קונים זה מזה מיירי בזבינא המעלי או בזבינא חריפא או בדבר המתקיים דלא יש הנאה למוכר כמבואר במה בנדרים ובע"א · והגמ' דבבא בתרא נוכל לשנויי הא דחצר השותפין קונים זה מזה דל"ק מהא דסימטא דמיירי בזבינא דרמא על אפיה או בדבר שאינו מתקיים דיש בו הנאה למוכר כדכתבתי לעיל אלא דהגמרא עדיפא מניה משני דמיירי בכל גוונא כיון דאמר בהתם חצר השותפין קונים זה מזה לכן משני דמודד לתוך קופתו עיין שם · וגם הפוסקים לא כתבו הך דינא דחצר השותפים אינם קונים זה מזה רק כתבו גבי סימטא עיין בחו"מ (סימן ר' סעיף ג') ברמ"א וגבי סימטא לא נוכל למצא אופן שיקנה כפי מה שכתבנו דבסימטא לא שייך דהמוכר אקנויי אקנה לו מקום · לכן כתבו בסתימות הדין לגבי סימטא ולא כתבו גבי חצר השותפין משום דעיקר הדין דאין קונין הוא לקוח מסימטא כמו שמבואר בגמרא עיין שם בבבא בתרא (דף פ"ד) · ואף לרשב"א בחידושיו על קידושין שכתב לתרץ על הך קושיות התוס' על רש"י משום כיון דאית ליה שותפות בגוה הכי קאמרי ליה הניחוהו על הסלע שהקבליתו לי ואיהו כיון דמחזר לקדשה משאיל לה מקומו וקנתה ומקדשה או דילמא תניחוהו על הסלע שלך קאמרי לומר שאינה רוצה בכך דלא נוכל לומר אליביה כיון שיש לו הנאה שרוצה להתקדש לו הוה כאילו נתן דמים עבור המקום בסלע דבשאלה לא שייך נתינת דמים · ותירצו לומר דמוכח מדברי הרשב"א דבחצר של שניהם מקני אחד לחבירו מקום בחצר השותפות בדיבור לבד כדברי הבעל מחנה אפרים · דאם לא כן הוה צריך ג"כ קנין לשאלה כמו שמבואר בכמה דוכתיה בקידושין (דף מ"ז ע"ב) ובבבא מציעא (דף צ"ט ע"א) · אבל לפי עניות דעתי נראה דגם מרשב"א לא מוכח מידי לפי דאמרינן בגטין (דף ע"ז ע"ב) גיטה וחצרה באים כאחת ומגורשת · הכא נמי בקדושין דבקנית המקום בסלע יהיה שייך לה לבדה מחמת שהקדושין והשאלה באין כאחת דעל ידי קניית הקידושין נקני ליה המקום בסלע שיהיה שייך לה לבדה במאי שנשתמש בהסלע שקונה על ידה הקידושין כדאיתא בבבא בתרא (דף ק' ע"א) א"ר יוסי בר חנינא מודים חכמים לר"א בשביל של כרמים הואיל ונעשה להילוך נקנה בהילוך ועיין בחו"מ (סימן קנ"ב סעיף ז') עיין במחנה אפרים בהל' שכירות סימן א' שהביא כמה ראיות מהש"ס לדברי הרמב"ם ובעל העיטור המשכיר בית לחבירו וצבר כליו לתוכו הרי זה חזקה והכי איתא בירושלמי עיין שם · ה"נ כיון דהסלע נעשה להשתמש נקנה הסלע בשימוש · אבל בדיבור לבד כמו שפירש הבעל מחנה אפרים אינו קונה ונוכל לומר דנקטינן כרשב"א בזה ואף דהש"ך בחושן משפט (סימן ר"ב ס"ק ג') · כתב דלא אמרינן נקנה לו על ידי חצרו היינו דוקא כשחצרו היתה כבר שלו אבל היכא שקנין החצר והחפץ שקונה על ידה באים כאחד לא קנה לפי זה לא פסק כרשב"א וגם כר"ן · דלפי מה שכתבתי כיון דבשביל הנאה שרוצה להתקדש לו הוה כנותן לו דמים ומקנה לה מקום בסלע מכל מקום קודם שנגמר הקדושין לא יש לו שום הנאה רק הנאה בא לו בעת שנגמר הקדושין · ולכן מאי דאמרינן דהוה כאילו נתן לה מעות ג"כ הנתינת מעות בעת שנגמר הקדושין ובעת גמר הקדושין קנתה המקום בחצרו נמצא לפ"ז דקניית החצר והקדושין באים כאחת · ולשיטת הר"ן הוה קדושין · לפי זה לא פסק הש"ך כהר"ן אבל לפי מה שכתב הגאון בעל ישועות יעקב באבן העזר (בסימן קל"ט ס"ק א') · דאף דקי"ל דשותפין אינם קונים זה לזה היינו דוקא היכא דלא סילק את חבירו מחלקו בחצר אבל היכא דסילק את חבירו אף אם סילק רק בעת שירצה חבירו לקנות מאתו שיהיה חצרו או מתנתו או מכירתו באים כאחד קונים אף לדברי השיטה מקובצת והש"ך דסבירא להו שבעינן שיהא חצרו מכבר מ"מ חצר השותפין קונה כיון שגם מכבר קודם שסילק חבירו מחצר יש לו ג"כ זכות בחצר הזה עיין שם באריכות לפ"ז גם הש"ך פוסק כהרשב"א והר"ן דהמה מיירי דהסלע היתה של שניהם בשותפות ולכן אמרינן דהקדושין והקנין לדברי הר"ן · או דהקדושין והשאלה לדברי הרשב"א באין כאחת ומהני · העולה מן המקובץ הזה [א] שמה שכתב הבעל מחנה אפרים בחצר השותפין יכול להקנות לחבירו בדיבור בעלמא לדעתי העניה אינו כן [ב] אף דקיימא לן חצר השותפין אינם קונים זה מזה היינו דוקא כשאחד רוצה לקנות אבל כששניהם רוצים לקנות זה מזה גמרי ומקני אהדדי אף לחצר השותפין [ג] אם סילק אחד מהן אף שהסילוק היתה בשעת הקנייה קונה חבירו מזה השותף שסילק את עצמו [ד] היכא דהוה זבינא דרמא על אפיה או דבר שאינו מתקיים קונה בחצר השותפין זה מזה :

פרח כא

אך מה שכתבתי בפרח שמונה עשר ליישב תירוץ שער המלך על הרמב"ם שפסק בפרק שני בהלכות חמץ ומצה הלכה ח' שיוצאין במצות של מעשר שני בירושלים דסתרי דברי הרמב"ם אהדדי שהוא פסק בעצמו בסוף פרק שלישי בהלכות מעשר שני בנטע רבעי כר"מ דאמר מעשר ממון גבוה הוא וכדפסקינן בהלכות אישות דמעשר ממון גבוה הוא ובפסחים (דף ל"ח ע"א) איתא אמר רב אשי לדברי ר"מ אין אדם יוצא במצות של מעשר שני ותירץ תירוצו של שער המלך דהרמב"ם פסק כרבי אליעזר דמחמת הואיל ואי בעי אתשיל עליו הוי ממונא כדכתבתי לעיל באריכות בפרח הנ"ל אך לפי מה שכתבתי לעיל בפרח הנ"ל ובפרחים שאח"ז דאף לרבי אליעזר דאמרינן הואיל אין לו זכיה בגוף הדבר רק הזכיה בחוץ הוא וא"כ לפ"ז אף לר"א דאמרינן הואיל אין אדם יוצא במצות של מעשר שני מחמת דאמרינן הואיל כיון דאין לו זכיה בגוף הדבר שאינו שלו רק הזכיה בחוץ בודאי אינו יוצא במצה כזו · שנית · לפי תירוצו של שער המלך צריכין אנו לומר דאף דאמרינן הואיל היינו דוקא היכי דחזי השתא לשום אדם אבל היכי דלא חזי השתא לשום אדם לא אמרינן הואיל משום הכי אינו יוצא במעשר שני בגבולין כיון דלא חזי השתא לשום אדם ומשום זה כתב הרמב"ם הך דיוצאין רק בירושלים לפי מה שכתבתי לעיל בפרח הנ"ל · אבל לפי מה שכתבתי לעיל דאמרינן הואיל אפילו היכא דלא חזי השתא לשום אדם ישאר קושיא על הרמב"ם למה פסק דוקא בירושלים יוצא מחמת דאמרינן הואיל לפי זה בגבולין נמי יוצא כיון דאמרינן הואיל :

ונראה לפענ"ד לתרץ דברי הרמב"ם בהך אתרא ונקדים עוד מה שקשה על הרמב"ם שפסק בהלכות בכורות

בפרק המניבי הל' ט' הלוקח כו' אבל הלוקח בהמה מפירות שביעית הרי זו פטורה מן הבכורה לפי שאינו רשאי לעשות סחורה בפירות שביעית שהרי נאמר בה לאכלה ולא לסחורה · ואם תהיה חייבת בבכורה הרי משתכר בבכור שהרי יצא מתורת פירות שביעית וכתב על זה הראב"ד בגמרא מפרש משום דלאכלה אמר רחמנא ולא לשרפה דקא בעי לאקטורי אימורין ועיין בכסף משנה ובלחם משנה תירוצם שהרמב"ם היה לו גירסא אחרת בגמרא · ונדחק הלחם משנה ליישב הקושיות של הגמרא בבכורות לפי גירסת הרמב"ם לפי דעתם · וגם דוחק מאד דנימא שהיתה להרמב"ם גירסא אחרת כמבואר למבין · ולפי עניית דעתי דברי הרמב"ם בשני מקומות עולים בקנה אחד בטוב טעם ודעת · ומקודם שאתרץ דברי הרמב"ם הנ"ל אכתוב מה שיש לי להקשות על הסוגיא דבכורות (דף י"ב ע"ב) ואציגה לפניך סוגית הגמרא שם · ואמר רב חסדא בהמת שביעית פטורה מן הבכורה וחייבת במתנות פטורה מן הבכורה לאכלה אמר רחמנא ולא לשרפה כו' מיתבי האוכל מעיסת שביעית עד שלא הורמה חלתה היה חייב מיתה ואמאי כיון דאילו מיטמאה בת שריפה היא לאכלה אמר רחמנא ולא לשרפה שאני הכא דכתיב לדורותיכם תניא נמי הכי מניין לאוכל מעיסת שביעית עד שלא הורמה חלתה שהיה חייב מיתה שנאמר לדורותיכם ולינמר מינה התם עיקר לאכילה הכא עיקר לשרפה עד כאן לשון הגמרא · והנה קשה על הגמרא כמה קושיות על טעמא דרב חסדא דאמר דפטורה מן הבכורה משום דאמר רחמנא לאכלה כו' דילמא היינו דוקא לדבר הרשות נתנה שביעית רק לאכלה ולא לשרפה אבל לדבר מצוה ניתן שביעית אפי' לשרפה · ונראה לי לתרץ דזהו קושית המקשן בהקשה מברייתא אוכל כו' אלמא דיש חילוק בין דבר רשות ובין דבר מצוה ועל זה משני התרצן דשאני הכא דכתיב לדורותיכם אלמא מאי דכתב רחמנא לאכלה ולא לשרפה אף לדבר מצוה הדין כן דאם נימא דיש חילוק בין דבר מצוה לדבר הרשות אמאי צריך רחמנא לכתוב לדורותיכם הא בלא זה ידעינן שחייב להפריש חלה אף מעיסת שביעית וכן מוכח במשנה במכות (דף ח' ע"א) אבא שאול אומר מה חטיבת עצים רשות אף כל רשות יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח ב"ד הרי מוכח מכאן דלא אמרינן הא דכתב רחמנא היינו דוקא לדבר הרשות ולא לדבר מצוה מדמצרכינן הקישא מה חטיבת עצים רשות כו' אבל בלא זה הוה אמרינן דאף לדבר מצוה הדין כן וה"נ מה דכתב רחמנא לאכלה הוא הדין שאף לדבר מצוה דוקא לאכילה ולא לשרפה · וכן מוכח במנחות (דף פ"ד ע"א) רמי ליה רמי בר חמא לרב חסדא תנן שומרי ספיחות בשביעית נוטלין שכרן מתרומת הלשכה ורמינהו לאכלה ולא לשרפה אמר ליה רחמנא אמר לך לדורותיכם ואת אמרת תבטל · מזה ג"כ מוכח שגם לדבר מצוה הדין כן:

ונראה לפי עניית דעתי טעמו של דבר דאין מחלקינן לדבר מצוה לבין דבר הרשות דהא דכתבה רחמנא לאכלה ולא לשרפה ולא גילה לן התורה טעם בזה והוא רק חוקת התורה לכן אין שום נפקא מינה בין דבר מצוה ובין דבר רשות דאם יש טעם בדבר לפעמים אנו מתבוננים מן הטעם שהתורה דוקא לדבר הרשות ולא לדבר מצוה וכן גבי המכה את בנו גם שם אין טעם לחלק בין דבר הרשות לדבר מצוה דאבעי ליה לאוקמי אדעתי' עיין בבבא קמא (דף ל"ב ע"ב) ועוד שם (בדף כ"ז ע"ב) ובתוס' שם דאף לדבר מצוה בודאי אסור להרוג נפש במזיד לפי זה אף בשוגג ראוי לחייבו גלות אלא דחוקת התורה כך הוא לכן מצרכינן הקישא מה חטבה וכו' אבל בלא זה הוה אמינא דגם לדבר מצוה חייב גלות וכן מאי דאמרינן שם במכות מה חרישה רשות אף קצירה רשות גם שם אין טעם לחלק בין דבר מצוה לדבר רשות דהא קיי"ל דאין עשה דוחה לא תעשה ועשה דגם אף ל"ת לחודי' יש בה עונש כרת ג"כ לא דחי וגבי שבת מחייבי מיתות בית דין וגם יש בו איסור עשה ולא תעשה עיין בשבת (דף קי"ד ע"ב) ובתוס' שם בדף (ס"ע ע"א) ד"ה דידע

וכו' ועיין מה שכתבתי בסוף הכפתור הראשון · היוצא מדברינו דלא מחלקינן בין דבר מצוה לדבר הרשות וכה"ג דלא מחלקינן בין מצוה חמורה ובין מצוה שאינה חמורה ועי' תוס' קידושין (ד' י"ד ע"א) ובמל"מ פ"א מהלכות יו"ט (הלכה י"ז) · והנה התוס' שם הקשו ניליף מעומר דעיקר לשרפה עומדת ואמרי' בפרק כל הקרבנות שומרי ספיחות נוטלים שכרן מתרומת הלשכה ופריך היכי מייתי לאכלה אמר רחמנא ולא לשרפה שאני התם דכתיב לדורותיכם עכ"ל · ולפענ"ד לתרץ קושיות התוס' דמשום הכי לא ילפינן מעומר דדורותיכם דכתיב גבי חלה וגבי עומר הוה שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדין הגם דעומר לא נוכל למילף מחלה דהתם עיקר לאכילה כדמשני הגמרא בבכורות שם אבל חלה נוכל למילף מהעומר דאין אנו יכולים לחלק בין מ"ח למצוה ש"ח כדכתבנו לעיל וזה עיקר טעמא של רב חסדא דבהמת שביעית פטורה מן הבכורה והא דמשני בבכורות שאני התם דעיקר לאכילה כיון דבזה מתורץ קושית המקשן בסברא נכונה לכן מתרץ לו בקיצור ולא רצה להאריך ולהביא הפסוק דכתיב גבי עומר ולתרץ דהוי שני כתובים הבאים כאחד וסובר רב חסדא דאין מלמדין · דלכאורה יהיה מוקשה הא בפלוגתא זה פליגי ר"מ ור' יהודה ור' יהודה סובר דמלמדין והלכה כר"י נגד ר"מ כידוע · וצריכין אנו לתרץ דרב חסדא תלמידו דרב ורב סובר דהלכה כר"מ ולא כר"י עיין בדברינו לקמן באריכות קצת לכן משני בקיצור שאני התם דעיקר לאכילה וכו' וגם הרמב"ם מתרץ קושית התוספות כפי מה שכתבתי · ולפי זה ניחא מה שפסק הרמב"ם בפרק שני מהל' חמץ ומצה הלכה ח' דיוצאין במצה של מעשר שני בירושלים דהקשו מפרק כל שעה (דף ל"ז ע"ב) עיסה של מעשר שני לדברי רבי מאיר פטור מן החלה ולדברי חכמים וכו' · מצות של מעשר שני לדברי רבי מאיר אין אדם יוצא בה ידי חובתו וכו' · לדברי חכמים יוצא וכו' וא"כ איך פסק כאן רבינו דיוצא ידי חובתו ובסוף פרק ג' מהלכות מעשר שני ונטע רבעי פסק כר"מ דאמר מעשר ממון גבוה הוא כמבואר שם עיין שם בכסף משנה ובלחם משנה · ולפענ"ד לתרץ דטעמו דהרמב"ם כמ"ש מהר"י קורקס הביאו הכסף משנה פ"ו מהל' בכורים דהרמב"ם פסק כרבי חייא בר אבין בפרק לולב הגזול (דף ל"ה) דסבר לענין אתרוג יוצאין אף לר"מ משום דאית ביה היתר אכילה · והוא הדין לענין מצה סגי למחשב דידיה לצאת בהן כיון דאית בהן היתר אכילה · אלא דלענין קדושין אינה מקודשת שאין חשיב ממונא אלא שלא ביאר שם הכ"מ סברת ר' חייא בר אבין · ובמצה וחלה מניין דפליג · וסגי לי' בהיתר אכילה · גם מה שהביא דחלה ג"כ ר"מ מודה דעיסה של מעשר שני חייבת בחלה מתוספתא דחלה בסוגיא דילן ובסוכה שם הובא בגמרא ברייתא להיפך דאף בחלה סובר ר"מ דפטורה ואפילו הכי פסק הרמב"ם דלא כותיה · גם אין טעמו של הכסף משנה מספקת מפני מה פסק הרמב"ם כר' חייא בר אבין · לכן נראה דמלינו דגם רבא שהוא בתרא סובר בבבא קמא (דף ס"ט ע"ב) דאף דאמר רבי מאיר מעשר ממון גבוה הוא ואפילו הכי לענין פדיה אוקמי רחמנא ברשותיה דכתיב ואם גאל יגאל איש ממעשרו חמישיתו יוסיף עליו קרייה רחמנא מעשרו ומוסיף חומש כרם רבעי נמי גמר קודש קודש ממעשר · כתיב הכא קודש הילולים וכתיב גבי מעשר וכל מעשר הארץ מזרע הארץ מפרי העץ לד' הוא קודש מה קודש דכתיב גבי מעשר אע"ג דממון גבוה הוא לענין פדיה אוקמי רחמנא ברשותיה אף האי קודש נמי דכתיב גבי כרם רבעי אף על גב דלאו ממון דידיה הוא לענין אחולי אוקמיה רחמנא ברשותיה דהא כי איתא ברשותיה נמי הא לאו דידיה הוא והא מאי מחיל משום הכי מאי מחיל עכ"ל הגמרא · והרמב"ם פסק כרבא ומשום הכי כתב שהלסטין היו מניחין את המעות בשעת השמיטה והאומר כל הנלקט מפירות נטע רבעי הרי הוא מחולל על המעות האלו שהרי אי אפשר לפדותו במחובר כמו שביארנו ע"כ עיין ברמב"ם פרק ט' מהלכות מעשר שני הלכה ז' · ועיין בחידושי הרשב"א שם שכתב שמזה פסק הרמב"ם

כרבא

כרבא · אך תמיה עליו דרבא אמר אי לאו דאמר רבי יוחנן קאמר אבל השתא דאמרה שמעינן דליתא לטעמא · ונראה לפי עניית דעתי לתרץ דהא איתא בירושלמי בריש מעשר שני אין מוכרין אותו מפני שכתוב בו קדושה אין ממשכנין אותו מפני שכתב בו ברכה וכו' ואמר רבי יודן מתניתין אמרה כן שהוא אסור למוכרו דתנינן תמן מזיד קידש שוגג לא קידש אם את אומר יהא מותר למוכרו יהא מותר לקדש בו וכל שהוא אסור למוכרו אסור לקדש בו והתנינן אין לוקחים עבדים וקרקעות ובהמה טמאה מדמי שביעית ואם לקח יאכל כנגדן א"ר יוסי זאת אומרת שאסור ליקח אשה מדמי שביעית דלכן מה בין קונה אשה מה בין קונה שפחה עד כאן לשון הירושלמי · ולפי דעתי מוכח מהירושלמי דטעמא דרבי מאיר דאמר מעשר ממון גבוה הוא לאו לכל הדברים אית ליה דממון גבוה הוא דהא חזינן מירושלמי שהביא ראי' מן התורה לכל דבר בפרטות דלמכירה אמר טעמא מקרא אחד ולמשכנו אמר מקרא אחר אבל מקראי דידעינן דאסור למוכרו לא ידעינן דאסור למשכנו אף בפירוש המשניות להרמב"ם כתב וזה לשונו · מעשר שני קודש ולפיכך אסור למוכרו ולמשכנו ולהחליפו לפי שהחליפין מכירה בלא ספק · ולכאורה משמע מלשונו דמחמת שנאמרה בה קדושה ידעינן הכל אך בודאי אינו כן דא"כ יהיה נגד הירושלמי וגם סוף דבריו מוכיח כדברי הירושלמי שכתב הטעם מפני מה אסור להחליף מפני שהחליפין מכירה מה צריך לטעם זה הא ידעינן דאסור להחליף מטעם שנאמר ביה קודש · אלא ודאי כוונתו מה שכתב מ"ש קודש דממון גבוה הוא לכמה דברים כתב לפיכך אסור למוכרו ולמשכנו · אבל משכנו לא ידעינן מעיקר הקדושה רק מפני שנאמר בו ברכה וכיון שיש קרא דאסור למוכרו מפני שנאמר בו קדושה וגם מדכתיב בו ברכה ידעינן דאסור למשכנו ומשום זה סובר ר"מ דמעשר ממון גבוה הוא להדברים שאסרה התורה מפני שנקרא קודש אבל הדברים שלא אסרה התורה דהיינו אכילה ושתיה נקרא ממון דידי' הוא כיון שנתן התורה רשות לאכול ולשתות כסברת רבא דלענין פדיה אוקמיה רחמנא ברשותיה אף לרבי מאיר דאמר מעשר ממון גבוה הוא · וגם מה דס"ל לר"מ דאין מקדשין בו את האשה מפרש בירושלמי הטעם דמה בין קונה אשה ומה בין קונה שפחה · אבל בלא זה הוה אמינא דמקדשין בו את האשה דאינה נקרא לדבר זה ממון גבוה הוא · ואי אמרינן דסובר ר"מ דמ"ש ממון גבוה הוא לכל הדברים אפילו לא הוי קדושי אשה כמו מכירה שאסרה התורה ג"כ אינה מקודשת דלא קידשה בממון דידיה · ולפ"ז מסתמא דירושלמי ומהתנאים והאמוראים דאיתא התם מוכח דלא לכל הדברים מיקרי מעשר שני ממון גבוה הוא רק מה שאסרה התורה מיקרי ממון גבוה מפני שנאמר בו קודש וכסברת רבא לכן פסק הרמב"ם דלגופין כסברת רבא ולא כרבי יוחנן · ולאחר שאמרתי זאת ראיתי להבעל הפני יהושע בחידושיו בקדושין (דף מ"ג ע"א) דלרבי יהודה אף דסבירא ליה דמעשר שני לאו ממון גבוה היינו דוקא במ"ש בירושלים אבל בגבולין סבירא לי' דממון גבוה הוא הרי חזינן שגם דעתו הגדולה הוא דנוכל לומר דלקצת דברים הוא מקרי ממון גבוה · ולשאר הדברים לא מיקרי ממון גבוה הוא · וגם ראיתי להמו"ב שדעתו ג"כ בירושלמי שלכל דבר שאמר ר"מ דמעשר ממון גבוה הוא מצריכין קרא לכל דבר ודבר בפני עצמו כדכתבתי לעיל · ותמה על התוס' יו"ט שדבריו הוא נגד הירושלמי ומה שמסיק בגמרא בבא קמא שם דהא כי איתא ברשותי' נמי הא לאו דידי' הוא והא מאי מחיל עכ"ל הגמרא · לפי עניית דעתי קאי אנטע רבעי ואפילו קאי אמעשר שני פירושו הא לאו דידיה הוא היינו דלאיזה דברים לאו ממון דידיה הוא עיין שם ודו"ק · לפיכך פסק הרמב"ם דיוצאין במצות של מעשר שני בירושלים אף דפסק כר"מ ורב אשי סבירא לי' בפסחים (דף ל"ז ע"ב) דלר"מ אין יוצאין בו דפסק כרבי חייא בר אבא בפרק לולב הגזול (דף ל"ה ע"א) כדעת מהר"י קורקס ומה שבחר לו הרמב"ם לפסוק כר' חייא בר אבא נגד רב אשי מפני שרבא ס"ל הכי דלא לכל הדברים אמר

ר"מ דמ"ש ממון גבוה הוא אלא למאי שאסרה התורה כמו שכתבתי וגם הוא בתרא ולכן פסק כותיה דלאו לכל הדברים מיקרי מעשר שני ממון גבוה הוא אף לר"מ ולכן פסק דיוצאין במצה של מ"ש דלאכילה ושתיה מעשר שני ממון דידי' הוא ומה שאמר רבא בפסחים שם הוא רק לדברי ר' אשי ולי' לא סבירא לי' וכסתמא דירושלמי והתנאים והאמוראים שאיתא בריש מעשר שני דלאו לכל הדברים אמר ר"מ דמעשר שני ממון גבוה הוא לכן פסק דלא כרב אשי דיוצאין במצות של מ"ש דכיון דניתן לאכילה ושתיה לדבר זה ממון דידיה הוא · ומה שהביא בגמרא דפסחים שם ברייתא סיוע לרב אשי דאיתא התם לימא מסייע ליה עיסת של מעשר שני פטורה מן החלה דברי ר"מ וחכמים אומרים חייבת · נראה לפענ"ד דטעמא דר"מ דפטורה מן החלה לאו משום דמקרי ממון גבוה הוא דכיון דניתנה לאכילה ושתיה לא נקרא ממון גבוה לזה הדבר רק משום דאזיל לטעמי' דס"ל שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדין כדאיתא בקידושין (דף ל"ה ע"א) ומשום זה לא נוכל למילף מעומר ומחלה דמחוייב אף בשביעית אף דכתיב לאכלה ולא לשרפה משום דכתיב לדורותיכם בתרוייהו דהוה שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדים · ולא מצי למילף דעיסת מ"ש מחייב בחלה כיון דכתיב ואכלתו (דברים כ"ב) לאכילה ניתן ולא לשרפה ואי מחייבינן בחלה ניתנה אף לשרפה כדאיתא בבכורות (דף י"ב ע"ב) שכבארתי לעיל לכן סובר ר"מ דעיסת מ"ש פטורה מן החלה וחכמים דסוברים דמחויב בחלה ג"כ אזלי לשטתייהו דהחכמים הוא רבי יהודה דהוא בר פלוגתא דר"מ · וכן מוכח בפסחים שם דמאן דס"ל דמ"ש לאו ממון גבוה הוא רבי יהודה כדאיתא בקדושין (דף נ"ב ע"ב ודף נ"ד ע"ב) ואיתא בפסחים שם בשם חכמים ומביא סיוע לזה מברייתא עיין שם · ורבי יהודה סבירא ליה בסנהדרין (דף ס"ז ע"ב) שני כתובים הבאים כאחד מלמדין להכי מחייב בחלה בעיסה של מעשר שני דילפינן מעומר ומחלה דמחייבין בשביעית אף דכתב רחמנא לאכלה ולא לשרפה גבי שביעית משום דכתיבה לדורותיכם בתרוייהו הכי נמי מחייבין בחלה בעיסה של מ"ש אף דכתיב ואכלת והיינו דקאמר הגמרא בפסחים שם לימא מסייע דספוקי מספקא ליה אם יהיה סיוע או לא כדמוכח בגמרא שם דנוכל לומר דאינם טעמם אי מ"ש ממון גבוה הוא או לא רק דפליגי בשני כתובים הבאים כאחד אי מלמדין אי לא והגמרא יכול לשנויי התם על הא דפריך הגמ' לימא מסייע ליה היינו הך כדכתבתי וחדא מתרי טעמא נקט הגמרא · ולפי סברת רב אשי דסבירא ליה הא דאמר ר"מ מעשר שני ממון גבוה הוא לכל הדברים ממון גבוה הוא כיון דמיירי הגמרא אליביה דרב אשי דמשני הך שינויה ומשום זה ניחא הא דפסק הרמב"ם בפרק ו' מהלכות בכורים הלכה ד' דעיסת שביעית חייבת בחלה כדברי חכמים ודלא כר"מ ואף דרב אשי סבירא ליה בפסחים שם דטעמא דר"מ דפטר מן החלה משום דמעשר שני ממון גבוה הוא והרמב"ם פסק דמ"ש ממון גבוה הוא והוה ליה לפסוק כר"מ · ולפי מה שכתבנו ניחא דהרמב"ם פוסק כר' חייא בר אבין וכרבא דהוא בתרא וכסתמא דירושלמי ריש מעשר שני והתנאים והאמוראים · דאיתא בירושלמי שם דאליבייהו היה טעמא דר"מ דפוטר מן החלה עיסה של מ"ש משום דאזיל לשיטתיה דס"ל שני כתובים הבאים כאחד אין מלמדין כדכתבתי לעיל והרמב"ם אזיל לשיטתיה דפוסק דשני כתובים הבאים כאחד מלמדין · שפסק בפרק ח' מהל' עכו"ם הלכה א' דחליפי חליפין של עכו"ם אסורין והקשה שם הכסף משנה דבפרק ר' ישמעאל (ע"א דף נ"ד) א"ר יוחנן אע"פ שאמרו המשתחוה לבעלי חיים לא אסרן עשאן חליפין לעכו"ם אסרן כי אתא רבין אמר פליגי בה ר' ישמעאל ב"ר יוסי ורבנן חד אמר חליפין אסורין חליפי חליפין מותרין וחד אמר אפילו חליפי חליפין נמי אסורין מ"ט דאמר אסורים דאמר קרא והיית חרם כמוהו כל מה שאתה מהוה אתיו הרי הוא כמוהו ואידך אמר קרא הוא ולא חליפי חליפין ואידך ההוא מביעי למעוטי ערלה וכלאי הכרם ואידך ערלה

וכלאי

וכלאי הכרם לא צריכא מיעוטי דהוה ליה עכו"ם ושביעית שני כתובים הבאין כאחד ואין מלמדין ואידך קסבר שני כתובים הבאים כאחד מלמדין ואיצטריך הוא למעוטינהו וא"כ קם ליה מאן דאמר אסורין כמאן דאמר שני כתובים הבאים כאחד מלמדין וסוגיא בעלמא דאין מלמדין וא"כ האיך פסק רבינו כמ"ד אסורים עכ"ל הכ"מ :

וראיתי לבעל שער המלך שמתרץ הקושיא של הכסף משנה ומסיק שם דהרמב"ם פסק דשני כתובים הבאים כאחד אין מלמדין · אך לפענ"ד איני מבין את דברי פירוש המשניות להרמב"ם ממסכת בכורות (דף מ"ט ע"א) דטעמא דרבנן דאמרי מת בנו בתוך שלשים אע"פ שנתן לכהן יחזיר וכתב ע"ז הרמב"ם בפי' המשניות אין ספק אצל החכמים להיות יום ל' כיום כ"ט לפי שלמדנו זה משנות ערכין שנת כ' כשנת י"ט ושנת ס' כשנת נ"ט שנאמר מבן ס' ולמעלה ולרבי עקיבא יום ל' אצלו ספק ולפיכך דן דינו כמו שאתה רואה והלכה כחכמים עכ"ל · ובגמרא מביא שם בהדיא דאי גמרינן מערכין הוה שני כתובים הבאים כאחד ואפילו הכי מלמדין ורמב"ם פוסק כחכמים עיין בפרק י"א מהל' בכורים הלכה י"ט · לפי זה ס"ל להרמב"ם שהלכה דשני כתובים הבאים כאחד מלמדין · ולפי זה לא יכולים לתרץ קושית הכסף משנה כדברי שער המלך · ונראה לפענ"ד לתרץ קושית הכ"מ · דלכאורה קשה לפי מה דאמרינן בכמה דוכתיה מילתא דאייתי בק"ו טרח וכתב ליה קרא מה טעמא דמאן דאמר דשני כתובים הבאים כאחד אין מלמדין דמדטרח וכתב קרא אחרינא הא קל וחומר עדיפא ממה מצינו וכיון דאמרינן מלתא דאייתי בק"ו טרח וכתב ליה קרא כל שכן דבר הנלמד בבנין אב ודאי נוכל לומר דטרח וכתב ליה קרא · מאי טעמא מאן דאמר אין מלמדין · וצ"ל דהא דאמרי' בכמה דוכתיה בש"ס מילתא דאייתי בק"ו טרח וכתב ליה קרא הוא רק מאן דס"ל שני כתובים הבאים כאחד מלמדין אבל למאן דאמר אין מלמדין כיון אף דנוכל ללמוד במה מצינו לא נוכל לומר טרח וכתב קרא כל שכן בדבר הנלמד בק"ו לא אמרינן טרח וכתב ליה קרא דוק ותשכח בכל מקומות שאיתא בש"ס טרח וכתב לה קרא תוכל לומר כן ואף הסוגיא דסוטה (דף כ"ט ע"א) יש ליישב דאינו סותר · לפי הגמרא דבכורות (דף מ"ט ע"א) ודו"ק [ובזה יש ליישב דברי פירוש המשניות להרמב"ם בבכורות שם מה שלכאורה קשה קצת · וגם יש ליישב בדרך אחר ודו"ק כי קצרתי] :

אך עדיין נשאר לנו ליישב מדוע פסק הרמב"ם דשני כתובים הבאים כאחד מלמדין הא רב חסדא בבכורות (דף י"ב ע"ב) ס"ל דשני כתובים הבאים כאחד אין מלמדין כמו שכתבתי לעיל ולמה פסק הרמב"ם דלא כרב חסדא · הגם שיש ליישב דפסק כסתמא דגמרא דאמרינן בכמה דוכתיה דמילתא דאייתי בק"ו טרח וכתב ליה קרא · אך נוכל ליישב בדרך אחר דרב חסדא הוא תלמידו דרב ורב סובר בערובין (דף מ"ו ע"ב) דאין הל' כרבי יהודה נגד ר"מ לכן פסק כר"מ דאין מלמדין · אבל אנן פסקינן כרבי יוחנן דהלכה כוותיה בכל מקום נגד רב · ורבי יוחנן סבירא ליה שם דר"מ ורבי יהודה הלכה כר"י בכל מקום לכן פסק הרמב"ם כר"י דס"ל דשני כתובים הבאים כאחד מלמדין בסנהדרין (דף ס"ז ע"ב) שהבאתי לעיל · לכן פסק הרמב"ם דחליפי חליפין של עכו"ם אסורים (ועי' בביאורי הגר"א ביורה דעה ס' קמ"ה ס"ק י"ז שמיישב ג"כ דעת הרמב"ם) · לפ"ז ניחא מה שכתב הרמב"ם בפרק ה' מהל' בכורות הל' ט' הטעם דבהמות שביעית פטורות מן הבכורה לפי שאינו רשאין לעשות סחורה בפירות שביעית ובגמרא איתא הטעם משום דכתיב לאכלה ולא לשרפה והקשו עליו למה כתב הרמב"ם טעם אחר ולפי דברינו ניחא דזה הטעם הוא רק לרב חסדא דס"ל דשני כתובים הבאים כאחד אין מלמדין לכן לא ילפינן מעומר ומחלה דחייבין בשביעית אף דלשרפה הוא משום דכתיב בתרווייהו לדורותיכם · אבל בהמת שביעית פטורה מן הבכורה ולא ילפינן מעומר ומחלה לכן אמר הטעם דכתיב לאכלה לאכילה ניתן ולא לשרפה · אבל הרמב"ם דפסק כמאן דאמר דשני כתובים הבאים כאחד מלמדין לא מצי אמר הטעם דפטורה מן הבכורה משום דכתיב לאכלה ולאו לשרפה כמו שאמר רב חסדא דהא מצי למילף מעומר ומחלה דחייבים בשביעית אף דלשרפה הוא · לכן מפרש הרמב"ם טעם אחר מפני מה בהמת שביעית פטורה מן הבכורה דאסור לעשות סחורה בפירות שביעית · ואף שבפירוש המשניות להרמב"ם בשביעית פ"ט משנה ט' פירש דהטעם דעיסת שביעית חייבת בחלה כמו שאמר הכתוב ראשית עריסותיכם · איזה עיסה שתהא כו' ולכאורה יש פסוק שלישי דבגמרא יליף מדכתיב לדורותיכם אך דצריכין להבין מפני מה שבק הרמב"ם דרשת הגמרא וצריכין אנו לומר כפי מה שכתוב בגליון המשניות שם בשם הגאון מהר"ר ש"א ז"ל דאין יכולין לדין מדורותיכם שיהיה נוהג אפילו בשביעית · בשלמא גבי עומר אי אפשר לקיים אלא מפירות שביעית דבעינן כרמל אבל חלה מתקיים בפירות אחרים וסברא זו כתבו התוס' שם · לכן פי' הרמב"ם ג"כ מראשית כו' דעל כל עיסת קאי הריבוי של דורותיכם ומראשית לחודה לא משמע שביעית לכן אצטריך שניהם · וכן ברש"י בבכורות שם פירש אמאי דאמר הגמרא שאני הכא דכתיב לדורותיכם וזה לשונו כתיב בחלה משמע אפי' שביעית וכתיב (במדבר ט"ו) מראשית עריסותיכם וגו' גם דברי הרש"י ישב באופן זה · ולכן הביא רש"י קרא דראשית דכתיב גבי לדורותיכם ולא הביא קרא דראשית דכתיב בתחלת הפרשה · נמצא לפ"ז דראשית ולדורותיכם הכל דרשא חדא הוא ופסוק אחד נקרא · לכן הוה רק שני כתובים ומשום הכי לא מצי אמר הטעם דבהמת שביעית פטורה מן הבכורה משום דכתיב לאכלה ולא לשרפה דזהו רק לרב חסדא דס"ל דאין מלמדין אבל הרמב"ם ס"ל דמלמדין · לכן מפרש הרמב"ם טעם אחר :

ובזה ניחא מאי דמשמע מהתוס' במנחות (דף פ"ד ע"א) ד"ה רחמנא וכו' דלמאן דאמר שתי הלחם הבאות בפני עצמן דלשרפה קא אתין דאיתא בפרק התכלת (דף מ"ו ע"ב) דמייתי ג"כ בשביעית · דמניין הוא זאת · ולפי דברינו מתורץ זאת דילפינן מעומר ומחלה אף דהוה שני כתובים הבאים כאחד אפילו הכי מלמדין · וזה סעד לדברי הרמב"ם שפוסק כמאן דאמר מלמדין · וא"כ כיון שאין אנו צריכין לתירוצו של שער המלך קמה ונצבה מש"כ לעיל פרח י"ז · לבטל ולהפקיר הטובת הנאה שיש לו בחלה · משום דאין לו זכיה אלא מבחוץ :

פרח כב

ומה שכתב הגאון בעל ישועות יעקב בסי' תנ"ז הנ"ל · ואמנם בגוף הדבר צריך ביאור עדיין לפי מאי דס"ד דש"ס דפסחים (דף מ"ו) דהטעם משום טובת הנאה · קשה יפקיר טובת הנאה שיש לו בה כמו דמבואר בש"ס דערכין דאדם יכול להקדיש זכות טובת הנאה שיש לו והפקר והקדש דין אחד להם ע"כ דבריו · לפי הנראה לא ראה הגאון הנ"ל תשובת מהרי"ט חלק ב' ס' ה' שרוצה ללמוד כן מההיא דערכין ומסיק דשאני התם דמפיק לה מקראי וא"כ אדרבה דייק מינה דבלאו קרא לא הוה ההקדש חל על דבר שיש לו בו רק טובת הנאה וכ"ש נילף מיניה · הקדש שאני עכ"ד · והביאו הבאר אברהם בפסחים (דף מ"ו) · לפ"ז לא קשה קושיות הגאון הנ"ל לפי דברי מהרי"ט · אך דברי המרי"ט בתשובה שם אינם מובנים לי · ואחר שכתב דעת רבינו חננאל דאנן אדרבא סמכינן לפסק הלכה וכן עיקר · תוכן כוונתו לפי מאי שמבואר שם בהדיא דטובת הנאה ממון נקטינן · שוב כתב ומיהו נראה לי דלענין שעבוד והקנאה לא, מהני הא דחשיב ממון דההיא הנאה לא מתפסא שיחול עליו שעבוד ולא הקנאה · ומנא אמינא לה מדאשכחן דרבא גופה בפ"ק דב"מ גבי עישור שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף ומקומו מושכר לו

דבעי

דבעי למימר דר"ג מטלטלי אגב מקרקעי הקנה. דפריך רבא וכי לא היה להם כח לקנות ממנו בחליפין אלא טובת הנאה אינה ממון לקנות ממנו בחליפין ה"נ טובת הנאה אינה ממון לקנות על גבי קרקע · והא רבא הוא דאסיק בנדרים דטובת הנאה ממון אלא מוכח דאע"ג דטובת הנאה חשיבה ממון לענין נדרים ולענין קדושין דאהנאה קפדינן והאי נמי הנאה הוא · מ"מ אינה חשיבה ממון להקנותה בקנין סודר ולא באגב דלית לי' מכאן וכו' עד כאן דבריו · ועלה על דעתי דמה שכתב שדברי רבא לכאורה סתרי אהדדי לכן הוכיח מהרי"ט דאע"ג דטובת הנאה ממון מ"מ אינה יכול להקנותה · דיש לומר לפי מה שכתב המקור ח' בסי' תל"א בדיני בדיקה וביטול לא סתרי דברי רבא אהדדי · דרבא באמת ס"ל דטובת הנאה אינה ממון ומשום זה ס"ל דאינו יכול להקנות טובת הנאה בקנין · ומה שהוצרך רבא לתרץ המתניתין דנדרים דאם אמר קונם כהנים לוים נהנים לי יטלו ע"כ (בדף פ"ה) דהיינו טעמא דיטלו ע"כ משום דתרומה לא חזיא אלא לכהנים וכיון דאתי למסרי עלייהו הויא עפרא בעלמא · לכאורה משמע מדברי רבא דס"ל טובת הנאה ממון · נוכל לומר דאף אם ס"ל לרבא דטובת הנאה אינה ממון · מ"מ יש לו זכיה בגוה והזכיה הוא רק מבחוץ דזכיה ליה רחמנא ואינו יכול להקנות הט"ה במסירת החפץ כמ"ש הפ"ח הטעם דא"י להקנות משכון במסירת החפץ אי לאו דגלי רחמנא · כיון שאין לו בגוף החפץ רק שיעבוד א"י להקנותו במסירה וה"נ דכוותיה וכן א"י להקנות בחליפין ואג"ק רק חפץ ולא זכות מבחוץ · דאם לא תאמר כן יהיה קשה מאי טעמא דמ"ד דס"ל דטובת הנאה אינו ממון דודאי ט"ה שוה כסף הוא דהא שמין אותו בהקדש כמבואר בערכין שם והאיך שייך לומר אינה ממון בדבר שיש לו שומא וכל העולם נותנים כך הרבה עבור זה · אלא ודאי דמ"ד דס"ל טובת הנאה אינה ממון · ה"ל דהזכיה מהט"ה הוא רק מבחוץ · וזה תירץ דברי המקור חיים · ולפ"ז הוצרך רבא לתרץ המתניתין דנדרים אף דס"ל ט"ה אינה ממון מ"מ אם אמר קונם כהנים לוים אמאי יטלו בע"כ כיון דיש להמדיר זכי' מבחוץ דזכי' רחמנא בהט"ה למה יטלו בע"כ לכן צריך רבא לומר דהיינו טעמא כיון דאתי למסרי עלייהו וכו' :

ובזה יש לכאורה לתרץ דברי הרמב"ם שהקשו עליו דהרמב"ם פסק בפ"ה מהל' אישות דאינו ממון ובהלכות נדרים פ"ז ה' י"א כתב מי שאסר הנאתו על הכהנים ועל הלוים הרי אלו באין ונוטלין מתנותיהם ואם אמר כהנים אלו ולוים אלו הרי אסורין עכ"ל והקשו עליו בנושאי כליו דמוכח מזה דס"ל דטובת הנאה ממון וכדאוקימתא דרבא יסתור דבריו מה שפסק בהלכות אישות ולפי מה שכתבנו למעלה בשם המקור חיים יש לתרץ דאף דפסק דטובת הנאה אינו ממון מ"מ יש לו זכיה מבחוץ לכן פסק הרמב"ם דאם אמר כהנים ולוים אלו הרי אלו אסורין וזה הוא רק למ"ד ט"ה אינו ממון מאי דזכיה רחמנא בגווה הזכיה מבחוץ הוא · ולי נראה דוחק לומר כדברי המק"ח הנ"ל דמסוגיא דנדרים הנ"ל ומהר"ן והרא"ש לא משמע כן · על כן נראה לפרש בדרך אחר דדברי רבא לא סתרי הדדי דאף דרבא ס"ל דט"ה אינה ממון בב"מ הנ"ל מ"מ הוצרך לשנות בנדרים דכיון דאתי למסרי עלייהו וכו' אף דרבא ס"ל בב"מ דאם ט"ה אינה ממון אינה נקנה בשום קנין מ"מ בנדרים שאני דנדרים חל אף על דבר שאינו ברשותו שאדם אוסר פירות חבריו עליו עיין בכתובות (דף נ"ט ע"א) · וכן מבואר בכמה מקומות בש"ס וקנין אינה חל על דבר שאינו ברשותו · וגם מצינו שר' אליעזר סובר דויתור אסור במודר הנאה וכן פסקינן כר' אליעזר לכן סובר רבא דאף דט"ה אינה ממון מ"מ אם יש לו קצת זכות דזכיה ליה רחמנא שיכול ליתן לאיזה כהן שירצה לכן חל הקונם שאם אמר קונם כהנים אלו או לוים אלו יטלו כהנים אחרים · לכן הוצרך רבא לתרץ מפני מה בריישא מותר ליטלו הכהנים כיון דאתי למיסר עלייהו וכו' ועיין בש"ך בח"מ ס' ש"ג שכתב ג"כ בזה הדרך באופן אחר ובזה יכולים לתרץ פסקי הרמב"ם לא סתרי אהדדי · אך דברי הרמב"ם בלאו הכי ניחא שהרמב"ם אזיל לשיטתו שפוסק בפ' נערה דמע"ש דמתנות כהונה נקנית באגב אף דס"ל להרמב"ם דט"ה אינה ממון כמבואר בדבריו בפרק ה' מהל' אישות דהרמב"ם מפרש הא דקאמר תלמודא ב"מ ולא היה כמו שכתב הבעל מחנה אפרים בהל' ע"ה ס' א' דסתמא דתלמודא קאמר דר' אבא לא עביד שפיר במאי דלא קבלה דאע"פ דטובת הנאה אינה ממון מ"מ כיון דיש כח לבעלים ליתנם למי שירצה שפיר מצי להקנותם באגב ומאי דלא נקנה בחליפין משום דמתנות כתיבה בהו ופסק הרמב"ם כסתמא דתלמודא לפ"ז כיון דאף דט"ה אינה ממון מ"מ נקנית בקנין מכ"ש דנאסרת ט"ה אף שאינה ממון בקונם לכן פסק הרמב"ם שפיר אם אמר קונם כהנים או לוים יטלו כהנים או לוים אחרים דאל הנדר מה שאסר הטובת הנאה על כהנים או לוים אלו :

היוצא מדברינו שהרמב"ם פסק דאף אם ט"ה אינה ממון מ"מ נקנית בקנין שלא כדברי מהרי"ט דס"ל דאף אם ט"ה ממון אינה נקנית בקנין ומה שהוכיח זאת דאם לא כן סתרי דברי רבא הדדי כבר ישבתי זאת :

ומה שכתב עוד המהרי"ט שם ואי קשיא דבפרק ארבעה וחמשה אמרינן ההוא גברא דתקע לחבריה דאמר רב יוסף אנן ידי עניים אנן וזכה מדין מעמד שלשתן אע"ג דליכא למימר הא ר"ג ובית דינו אביהם של יתומים אלמא זכו בו עניים אע"ג דלית ליה לרב יוסף זכיה בגוה אלא טובת הנאה בלבד דומיא דעקיבא בן יוסף · תריץ דלאו מדין טובת הנאה הוא דזכי רב יוסף אלא מדין שליח דמעמד שלשתן איתיה נמי בשליח המקבל כדכתב הרא"ש בספ"ק דגיטין וכיון דר"ג וב"ד אביהן של יתומים הו"ל כאפוטרפוס דאפוטרופא פירש בערוך בלשון יוני אבי ילדים והאפוטרפוס חשוב כשליח מדתנן בהנזקין יתומים שסמכו אצל בעה"ב או שמינה להם אביהם אפוטרופס חייב לעשר פירותיהן ולענין מעשר בעינן שליחות כדאמרינן בריש האיש מקדש אתם גם אתם לרבות שלוחכם אלמא אותו ביתומים סומכים חשיב שליח לענין תרומה וה"ה לענין מעשר · גם זה דבריו אינם מובנים לי לפענ"ד · דמה שכתב דר"י זכה במעמד שלשתן לממון עניים מתורת שליחות שיזכה עבור עניים נלענ"ד דבאופן זה לא מצי השליח לזכות עבור שולחיו כיון דאינו יודע השליח למי יזכה כי הרבה אנשים עמו אותו שליח לקבל והוא יתן למי שירצה א"כ וכיון שהמשלח לא קנה · גם השליח לא קנה דבודאי לא עדיף השליח ממשלחו וזה ידוע דקי"ל אין ברירה · ולפ"ז לא נוכל לומר שהוברר הדבר שזכה לאותו עני שנתן אחר כך · ומה שכתב עוד דהיתומים שסמכו אצל בעה"ב דאפוטרופס חייב לעשר משום דאפוטרופס הוה כשליח ליתומים · גם זה אינו מובן דהא כתב הריטב"א בגיטין (דף נ"ב) על הך מתניתין דיתומים דהא דחייב אפוטרופא לעשר פירותיהן לאו מדינא · דהא גבי תרומה שליח ממש בעי ויתומים לאו בני שליחות נינהו אלא שחכמים הפקירו הפירות לענין זה ושמו אותו אפוטרופס לעשר כאילו הן שלו וכו' עכ"ל · וכן כתב הרשב"א בחידושיו שם לחד תירוצא · אך כתב עוד תירץ אחר משום דיד אפוטרופס כיד היתומים ממש עיין שם כי קצרתי · ולפ"ז נוכל לומר דהא דזכי רב יוסף בממון עניים במעמד שלשתן · דהאפוטרופס כיד עניים · ולא משום דזכי הט"ה שיש לו במתנות עניים במעמד שלשתן אלא שזכה בגוף המתנות :

עוד כתב מהרי"ט שם והא דתנן בערכין בפ' המקדיש שדהו מחרים אדם את קדשיו בין ק"ק ובין קדשים קלים אם נדר נותן את הדמים וכו' עד כמה אדם רוצה ליתן בבכור זה ליתנו לבן בתו או לבן אחותו אלמא טובת הנאה של ההקדש עליו התם מפיק לה מקראי דכתיב כל חרם קודש קדשים הוא לד' לומר שחרם חלים על הקדשים וכבי ישמעאל דריש כתוב אחד אומר הקדיש וכו' מקדישו אתה מקדש עליו ואדרבה דוק מינה דאי לאו קרא לא היה הקדש חל עליהן אע"פ שיש לו בהם טובת הנאה · וכ"ת נילף מינה · הקדש שאני · גם בזה אינו מובן דבריו דכפירוש כתבו התוס' בקדושין

(דף כ"ב ע"ב) ד"ה המקדש בחלקו אינה מקודשת אבל הכא פירש דהא קידש בחלקו של קדשים קלים שט"ה אינה משלו דהא ממון גבוה הוא ואינו יכול ליקח ממון מהנאה שעשה לה עכ"ל ולקמן (בדף כ"ח ע"א) איתא במשנה המקדש בתרומות וכו' הרי זו מקודשת אפילו ישראל (גמרא) אמר עולא טובת הנאה אינה ממון איתביה רבי אבא לעולא המקדש בתרומות ובמעשרות ובמתנות במי חטאת ובאפר פרה הרי זו מקודשת ואפילו ישראל עכ"ל הגמרא · וצריכין אנו לומר לפי דברי התוס' הנ"ל דטובת הנאה דתרומות לא מקרי ממון גבוה · דאל"כ למה מקודשת הא טובת הנאה ממון גבוה כדכתבו התוס' בהמקדש בחלקו של קדשים קלים · וכמדומה לי שכן כתב התוס' יו"ט שם (בדף כ"ח) על המשנה ועיין בתוס' שבת (דף כ"ד) ד"ה לפי וכו' ולר"י נראה דלא שייך בשרפת תרומה לומר משולחן גבוה קא זכי ולא דמי לשתי הלחם שהאפייה לצורך גבוה שהרי אחר אפיה צריך לעשות בהם תנופה וכן אחר שחיטה נדרים ונדבות עושים מהן לגבוה אבל תרומה טמאה אין עושין ממנה לגבוה כלום וליכא למימר בה משולחן גבוה קא זכו וכו' עכ"ל · ואפילו לפירש ריב"א מבואר בתוס' שם דבשרפת תרומה טמאה ג"כ שייך לומר משולחן גבוה קא זכו · היינו דוקא בשרפת תרומה טמאה כדפירש הריב"א הטעם דכיון שאסרה תורה כל הנאות רק הנאות שרפה א"כ הבערה זו אינה לצורך הנאתו אלא לשם מצות שרפה אלא שהתורה לא הקפידה שיהנה ממנה בשעת ביעורה ולהכי לא דחיא יו"ט מדי דהוה אנדרים ונדבות דאין קרבים ביו"ט למ"ד משולחן גבוה קא זכו · עיין שם בתוס' שכן מבואר בהדיא · ולפ"ז דוקא בשרפת תרומה טמאה שייך לומר משולחן גבוה קא זכו דכיון דאסרה התורה כל הנאות משא"כ גבי תרומה טהורה דמותר בכל הנאות גם הריב"א ס"ל כר"י · דלא שייך למימר משולחן גבוה קא זכו · ולפ"ז איני מבין מה שכתב מהרי"ט דאדרבה דוק מינה דאי לאו קרא לא הוה הקדש חל עליו דגבי הקדש שאני מזה מוכח דאינו נקנית בקנין · דלעולם אימא לך דט"ה של תרומה נקנה בקנין דכיון דט"ה שלהן לאו ממון גבוה הוא אבל ט"ה של קדשים קלים דממון גבוה הוא כדכתבו התוס' הוה אמינא דלא חל עליהם הקדש של עילוי כיון דממון גבוה הוא ואינה שלו לכן הוצרך התורה לכתוב קרא ללמדינו שיכול אדם להחרים את קדשיו בהקדש של עילוי · וכיון דכתבנו דמהגמרא אין שום ראיה דאין ט"ה נקנית בקנין וכתבתי לעיל שדעת הרמב"ם שטובת הנאה של תרומות ומעשרות נקנית בקנין בפ"ב דמעשר שני אף שס"ל בפ"ה מהל' אישות ט"ה אינה ממון · מכ"ש למ"ד ט"ה ממון בודאי נקנית בקנין · א"כ קמה קושיות של הגאון בעל ישועות יעקב הנ"ל לפי דעת הרמב"ם למאי דס"ד בגמרא (דף מ"ו) בפסחים בט"ה קא מפליגי הא יכול לבטל הזכות של הט"ה שיש לו בחלה כיון דהט"ה נקנית בקנין יכול לבטל ג"כ דחל הביטול על טובת הנאה · וגם לפי דעת הריטב"א בתוס' רי"ד דכתבו בקידושין (דף כ"ח) דלמאן דאמר טובת הנאה ממון חשיב הוא כאילו כולו שלו לגמרי משום שהיא טובת הנאה דאית ליה בגוה וכדתנן המקדש בתרומות ומעשרות ומשמע השתא דומיא דכהן דמקדש בתרומה ממש ולא בטובת הנאה שיש לו בה וכן עיקר עיין שם בדבריהם שמבואר שם בהדיא · וראיתי בספר קצות החושן (בס' רע"ה בס"ק א') שכתב שהתוס' ב"מ (דף ז') בד"ה בבא וכו' הקשו שם בבא דאמרו שם תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו אמאי אין מוציאין יאמרו הבעלים ליתן לכהן אחר ותרצו דאינו יכול לתובעו רק טובת הנאה שיש לו ביה למ"ד טובת הנאה ממון ע"כ · וא"כ התוס' חולק על ריטב"א הנ"ל דלדעת הריטב"א אם טובת הנאה ממון הוה כולו שלו ולדעת התוס' אף אם ט"ה ממון אינה כולו שלו דהמתנות הוא של הכהן רק הטובת הנאה הוא של בעלים · וכתב אחר זה הקצות החושן שם דלדברי הריטב"א יתעורר קושיות התוספות בגמ' דמליעא בבא דתקפו כהן אין מוציאין יאמרו הבעלים ליתן לכהן אחר וצ"ע ע"כ דברי הקצות החושן · ולפענ"ד לא פליגי התוס' עם הריטב"א דהתוס' כתבו שם גבי בכור דהתם הבכור הוברר שהוא שייך לכהנים ולא היתה בשאלה כדאיתא בשבועות (דף כ"ד ע"ב) דבכור קדושתו מרחם לכן כתבו התוס' שאין להבעלים זכות בכל הבכור רק בטובת הנאה דכיון שהוברר הדבר שהבכור הוא של כהנים וגם אינה בשאלה משא"כ גבי תרומות ומעשרות דאיתא בשאלה ואמרינן בפסחים (דף מ"ו ע"ב) דר"א סבר הואיל ואיתשיל עליו הוה ממונו וכן פסקינן כר"א לכן כיון דיש להבעלים טובת הנאה בתרומות ומעשרות וגם יכול לשאול ויהיה שלו לגמרי לכן הוה כולו שלו אפילו לר' יהושע דפליג בפסחים שם דמחמת הואיל ואי בעי איתשיל עליו לא הוה ממונו מ"מ לא מקרי הוברר הדבר שהתרומה הוא של כהן דהא יכול לשאול עליהן וכיון שיש לו ט"ה הוה כולו שלו וכיון שכן יתורץ קושיות התוס' דב"מ הנ"ל לפי דברי הריטב"א כתירץ התוספות בב"מ שם · וכיון שבררתי שגם התוס' לא פליגי עם תוס' רי"ד וריטב"א דלמאן דס"ל דטובת הנאה ממון כל התרומות ומעשרות הוה של הבעלים ולא ט"ה בלבד לפ"ז קמה קושיות הגאון בעל ישועות יעקב לפי דברי תוס' רי"ד וריטב"א דהא יש לו טובת הנאה הוה כולו שלו הא יכול לבטל והביטול חל כיון דקודם הביטול הוה כולו שלו וממונא הוא כשאר דברים והיכי ס"ד דש"ס לומר בפסחים (דף מ"ו) דפליגי בטובת הנאה הא יכול לבטל :

פרח כג

עוד כתב הגאון בעל ישועות יעקב באו"ח ס' תנ"ז לתרץ קושיתו שהקשה לפי מאי דס"ד דש"ס (בפסחים דף מ"ו) דהטעם משום דטובת הנאה הוה ממון לר"א ויעבור על בל יראה ובל ימצא לכן סובר ר"א שיאפה מקודם הא יכול להפקיר ט"ה שיש לו בה וכתב לתרץ דלא מהני הפקר רק במקום שיכול א' לזכות בדבר דמ"ה צריך הפקר להיות בפני שלשה או עכ"פ לפני אחד שיכול לזכות בדבר וכאן כיון דט"ה באמת אינו ממון גמור ומילתא שאין זכות שייך בזה דבמאי יקנה זכות מן ההפקר ומשיכת החפץ לא מהני לענין קנין זכות טובת הנאה דהרי לא זכה בדבר ממש וכמו שפי' רבינו יוסף הלוי בהך דמנה אין כאן משכון אין כאן ועיין שם וכיון דלא יכול לזכות בזה לא חשיב הפקר ולא יצא מרשות המפקיר ועיין בר"ן ממסכת נדרים (דף מ"ד) ולא דמי להקדש דהקדש חל בדיבור בעלמא על כל זכות משא"כ הפקר דאם ירצה חברו לזכות בדבר במאי יזכה אם לא ע"י משיכה וכיון שאין גוף הדבר שלו אינה קונה ע"י משיכה וכיון שאין חבירו יכול לזכות בדבר ממילא אין כאן הפקר והו"ק · ולפענ"ד אינו מבין את דבריו דהא איתא בקדושין (דף כ"ח) במשנה המקדש בתרומות וכו' הרי זו מקודשת אפילו לישראל ופירש רש"י על זה בד"ה אפילו וכו' וקא ס"ד אע"פ שאין לו בכל אלו אלא ט"ה שבידו לתתם לכל מי שירצה וגם היא לא זכתה אלא בטובת הנאה זו שהיא צריכה ליתנם לכהן והמעשר ללוי ומקדשה בטובת הנאה זו דקסבר טובת הנאה ממון ע"כ לשון רש"י וכדברים הללו כתב הר"ן בפירושיו על רב אלפס שם הרי מוכח מרש"י ומר"ן דיכול אחר לזכות בהטובת הנאה שנתנו לו הבעלים שהיה להם הט"ה למאן דאמר ט"ה ממון · וכן מוכח מגמרא שם כפירש רש"י ור"ן עיין שם רק דהגמרא אמר אח"כ דגוזל לומר דטובת הנאה אינו ממון והכא בישראל שנפל לו טבלים וכו' שלא כדברי הגאון בעל ישועות יעקב שכתב שאין אחר יכול לזכות בט"ה שנתנו לו הבעלים או להפקירן · וגם ברש"י ב"מ (דף י"א ע"ב) ד"ה אינו ממון לקנות על גבי קרקע בקנין שהקרקע נקנה בו אלא אפקורי בעלמא אפקורי גבייהו וכי אוגר לו מקום קנתה לו חצרו בתורת חצר כשאר הפקר עכ"ל רש"י · א"כ מוכח שלא כדברי הגאון הנ"ל שיכול להפקיר הטובת הנאה וגם אחר יכול לזכות הטובת הנאה :

שוב כתב הגאון הנ"ל שם לפי דבריו הקודמים כיון

דאין

דאין אחר יכול לזכות לא מהני הפקר וכתב אחר זה דקשה דמהני הפקר זה לענין שכל כהן יכול לזכות בדבר דבאמת אם יש לו זכות הנאה בדבר אין שום כהן יכול לזכות בלא דעתו ואף אם תקפו כהן מוציאין מידו כמו שכתב התוספות (ב"מ דף ז') וכאן אחר שהפקיר הרי הוא ביד כהן לזכות בדבר וכל כהן זוכה בזכות ט"ה שהיה לו בדבר מצד ההפקר וממילא יצא הזכות ט"ה מתחת ידו · ואמנם אי מהני הפקר לכהנים לחוד יש פלוגתא בירושלמי פ"א דמסכת פאה אהך דפליגי ב"ש וב"ה אי מהני הפקר לעניים ולא לעשירים ופליגי ר"י ור"ל בהפקיר לבני עיר אחת ולא הפקיר לבני עיר אחרת אי מהני ור"י ס"ל דלא מהני הפקר רק אם כל אדם יכול לזכות בו אבל אם יש שיור לאדם אחד לא חשיב הפקר ודוקא דומיא דשביעית בעינן וא"כ ה"ה בזה כיון שבררנו דישראל אינו יכול לזכות בו רק כהן א"כ הוי הפקר לכהנים לחוד דלא מהני · ולפי דעתי העניה יש חילוק ביניהם דבעלמא אם הפקיר לעניים לבד או לכהנים לבד לא הפקיע כל זכות מהדבר שהפקיר באופן זה והרי הוא עדיין תחת רשותו שאם ירצה לזכות עשיר אם הפקיר לעניים או ישראל אם הפקיר לכהנים אינו יכול לזכות כי לגבי דידהו יש לה להחפץ בעלים דלגבי דידהו לא הפקיר ולכן לא הוה הפקר אם הפקיר לעניים ולא לעשירים אף לגבי עניים או אם הפקיר לכהנים לא הוה הפקר אף לכהנים · וכדומה לזה באופן אחר משום דעדיין לא משכו הבעלים כל זכותם לגמרי מהחפץ שהפקירו אבל היכא שהפקיר לכל ומצד הבעלים יכול כל אדם לזכות בו רק דלא מהני הזכיה שלהם מצד אחר ולא מצד הבעלים שלא משכו את זכותם לגמרי כגון הכא שהפקיר הט"ה שיש להבעלים בהתרומה הזה מצד הבעלים יכול כל אדם לזכות בו אפילו ישראל רק דישראל אינו יכול לזכות לפי דברי הגאון הנ"ל מצד שאין יכול לזכות בגוף התרומה רק בט"ה הוה הפקר כיון שהבעלים משכו זכותם לגמרי והפקירו לכל אדם · ואל תשיבני מדברי ראב"ד שהביא הרשב"א בחידושיו לב"ק (בדף ס"ט) ד"ה לקט וז"ל הרשב"א כתב הראב"ד ז"ל אטו מאי דליתיה ברשותיה לא מצי למחול גבייהו ולפטרו מעון גזל ותירץ הוא ז"ל אין ודאי מצי מחיל מיהו טבל הוא גבי עניים ואינהו סברי דהכל לקט הוא ואינן מעשרים ומשום הכי צריך להפקיר ואין בידו להפקיר לכל אדם הואיל ואינו ברשותו דהפקר ליחיד אינו הפקר עד שיהא מופקר בין לעניים בין לעשירים דומיא דשמיטה עכ"ד הרשב"א · לכאורה משמע דבריו כדברי הגאון הנ"ל · אך לפי דעתי העניה סברת הראב"ד הוא כך כיון דאין בידו להפקיר לכל אדם הואיל ואינו ברשותו לא יכול למשוך את זכותו שיש לו בזה החפץ שרוצה להפקיר כיון דאינה ברשותו אף דלגבי אדם שמונח ברשותו יכול למשוך את זכותו לגבי דידיה מזה החפץ כמו שכתב הגאון בעל שאגת ארי' בסוף ס' ל"ג וז"ל ועוד נ"ל דאפילו לר' יוחנן דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים אינו יכול להקדיש ולהפקיר וה"ה ליתן במתנה אינו יכול ה"מ לאחר אבל לגזלן ודאי יכול למחול וליתן לו את הגזלה במתנה (וכ"כ הב"ש באהע"ז סי' כ"ח) מ"מ לא הוה הפקר כיון דאינו יכול למשוך את זכותו רק לאותו העני בלבד שמונח ברשותו לכן לא הוה הפקר דהפקר ליחיד לא הוה הפקר עד שיהיה מופקר בין לעניים בין לעשירים דומיא דשמיטה פירוש שימשוך את זכותו מזה החפץ והפקיר כל זכותו בין לעניים בין לעשירים אבל הכא גבי טובת הנאה שהבעלים שיש להם הטובת הנאה בהתרומה משכו את זכותם מזה התרומה לגמרי ומצדם יכול כל אדם לזכות בו רק דישראל אין יכול לזכות בו משום דלישראל אין לו זכות בגוף התרומה רק בטובת הנאה כדברי הגאון הנ"ל הוה הפקר כיון דלא נשאר שום זכות להבעלים בהתרומה וחילוק רב יש בין אם המניעה שאינו יכול להפקיר לכל אדם הוא מצדו בין אם היה המניעה מצד הזוכה שאין יכול כל אדם לזכות מן ההפקר · וגם לפי דעתי מהראיה שהביא הגאון מנדרים (דף מ"ד) שבעינן שיפקיר לכל הפחות לפני אחד ולחד מ"ד בפני שלשה כדי שידעו מההפקר ויזכו בהן מזה הוכיח שבעינן שכל אדם יכול לזכות בהן · לפי דעתי מוכח מזה להיפך דהא למ"ד דהפקר הגי בפני אדם אחד אין כל אדם יודע שהפקיר שיזכו בהן רק האדם שהפקיר בפניו הוא יודע והוא יזכה ולא אדם אחר מוכח מזה דהגי אף אם אדם אחד יכול לזכות הוה ג"כ הפקר ואף למ"ד בפני שלשה אף דאמרינן בעלמא מילתא דאמרי באפי תלתא וכו' הא בודאי לא יספרו לכל אדם שהפקיר כי המה רוצים לזכות בהחפץ שהפקיר מוכח מזה שלא כדבריו · ולפי דברינו אלו ישאר הקושיא מה שהקשו על הסוגיא דפסחים (דף מ"ו) אמאי צריך ר"א לאפות קודם שיקרא לה שם הא יכול לבטל · ולפי דברי הריטב"א ותוספות רי"ד שכתבתי לעיל הקושיא הנ"ל אינו קשה רק למאי דס"ד בגמרא דפליגי בטובת הנאה דר"א סובר דטובת הנאה הוה ממון · אבל למאי דאוקמא הגמרא דהפלוגתא הוה בהואיל דר"א סבר דאמרינן הואיל אבל טובת הנאה אינו ממון אינו קשה הא יכול לבטל דהכא כתבתי לעיל דהזכי' רק בחוץ הוא ולא בגוף הדבר · לפ"ז אינו יכול לבטל · ונוכל לומר דמשום זה הדר בי' הש"ס מלאוקמי פלוגתייהו בטובת הנאה אי הוה ממון או לא · דהללה הקשה למה הדר בי' הש"ס לומר דפלוגתייהו בהואיל ודכ"ע טובת הנאה אינה ממון הא בן בתירא ס"ל דט"ה ממון ולפי דברינו ניחא דמשום זה הדר בי' הש"ס לאוקמא פלוגתייהו בט"ה ממון או לא דהא קשה דהא יכול לבטל לכן אוקמינן דפליגי בהואיל אבל ט"ה אינו ממון לכו"ע ולפ"ז הזכיה מבחוץ הוא ולא בגוף הדבר משום הכי אינו יכול לבטל והכל כתבתי באריכות מזה לעיל ותדרשנו משם · ולשיטת הרמב"ם שהבאתי בפרח כ"ב דסובר בפ' בתרא דמעשר שני דמתנות כהונה נקנית בקנין אף דס"ל בפ"ה דאישות דט"ה אינה ממון · אלמא דס"ל להרמב"ם כיון דיש להבעלים שום זכות בהמתנות כהונה דאין הכהן יכול ליטול בע"כ יש לו זכי' בגוף המתנות כהונה מחמת זה · דאל"כ למה יחול הקנין על דבר שאין בו ממש דעל מה יחול הקנין אלא ודאי יש לו זכיה בגוף המתנות כהונה אף דטובת הנאה אינה ממון · ולפי שיטת הרמב"ם יהיה קשה אף למאי דמסקינן בגמרא דפלוגתייהו דר"א ור"י בהואיל אבל טובת הנאה אינו ממון לכו"ע · אמאי צריך ר"א לאפות קודם הא יכול לבטל וגם לדעת רש"י בב"מ (דף י"א ע"ב) שהבאתי בפרחים הקודמים ד"ה אינו ממון · דאף אם טובת הנאה אינה ממון מ"מ יכולין הבעלים הישראלים להפקיר את המתנות כהונה · ג"כ קשה אף למאי דמסיק הגמרא דפליגי בהואיל אמאי צריך לאפות קודם הא יכול לבטל · וצריכין אנו לתרץ כמו שכתב השאגת ארי' בס' פ"ג כיון דמדרבנן עובר עליו לכן הוצרך ר"א לאפות קודם שקרא לה שם [לפי דברי הרמב"ן והר"ן דמן התורה אם יוציאנו החמץ מרשותו אינו עובר עלי' · ומפרש כל הסוגיא דשם לפי דרך זה עיין שם] :

ולפי מה שכתבנו לפי שיטת רש"י והרמב"ם דאף אם טובת הנאה אינה ממון מ"מ כיון דיש לו הנאה שלא יכול ליטול הכהן בע"כ יש לו זכי' בגוף המתנות א"כ אין אנו יכולין לומר כמו שכתב הבאר אברהם בפסחים (דף ו') ד"ה לבתר דלשיטת הרמב"ם והרש"י הא דחמץ שאינו ברשותו של אדם רק הכתוב עשאו כאילו ברשותו מפני שאסורה בהנאה ומחמת זה אינו ברשותו · דלפי זה יהיה קשה הא יכול ליהנות שלא כדרך הנאתן דחמץ שלא כדרך הנאתן מותר כדכתב הרמב"ם בה' יסודי תורה (בפ' ה' הל' ח') וכיון שמותר שלא כדרך הנאתן יש לו זכי' בגוף החמץ לפי שיטת הרמב"ם כיון דסובר אף שאין לו בהמתנות כהונה הנאת ממון רק הנאה בעלמא יש לו זכיה בגוף הדבר ומועלת הביטול מכ"ש גבי חמץ שיכול להנות שלא כדרך הנאתן דיש לו בהחמץ זכות ממון דיש לו זכי' בגוף החמץ ואמאי אמרינן בכמה מקומות ואחד מהם בפסחים (דף ו') לאחר זמן איסורו לא מצי מבטל דחמץ אינה ברשותו של אדם ואמאי אינה ברשותו הא יכול ליהנות שלא כדרך הנאתן לפ"ז להרמב"ם יש לו זכי' בגוף החמץ ומועלת הביטול · וגם לפי דברי רש"י דאף דטובת הנאה אינה ממון מ"מ יכול להפקיר

הט"ה

הט"ה כדעת הרמב"ם הנ"ל, ג"כ קשה אמאי אינה מועלת הביטול לאחר זמן האיסור הא יכול ליהנות שלא כדרך הנאתן ומחמת זה החמץ הוא ברשותי' · ולרווחא דמילתא אביא ראי' דכיון שמותר ליהנות שלא כדרך הנאתן יש לו זכי' בגוף הדבר דאיתא בגיטין (דף כ' ע"א) גופא שלהו מהו כתב על איסורי הנאה כשר [פירש הגט] וכבר כתבתי בפרקים הקודמים וא"ה בכפתור שלישי ג"כ אכתוב מזה שבגט בעינן שתזכה האשה בגט · ולפי שיטת קצת מהראשונים והבאתי דבריהם לעיל שבאיסורי הנאה אין שום אדם יכול לזכות לפי דבריהם יהיה קשה אמאי כשר הגט הא לא תוכל האשה לזכות בהגט אלא ודאי כיון דמותר שלא כדרך הנאתן יש לו זכיה בגוף הדבר לכן יכולה האשה לזכות בהגט וכיון דמוכח דאם שלא כדרך הנאתן מותר אף דאיסורי הנאה אינה יכול לזכות מ"מ כיון דיכול ליהנות שלא כדרך הנאתן יש לו זכי' בגוף הדבר ומהני קנין · וכיון דמהני קנין מועלת ביטול ג"כ ואמאי לא מצי לבטל לאחר זמן איסורו ועיין בבכורות (דף י"א) שהם ג"כ יש ראיה לדברי והבאתיו לעיל אלא ודאי מדכתב התורה תשביתו שמחויב לבער החמץ מן העולם אם החמץ הוא שלו לכן אינה יכול להנות אף שלא כדרך הנאתן ומה שכתב הרמב"ם שחמץ מותר שלא כדרך הנאתן היינו בחמץ של עכו"ם שהוא ג"כ אסור בהנאה כמו שכתב הטור או"ח בסימן ת"נ אבל חמץ של ישראל אסור ליהנות אף שלא כדרך הנאתן מדכתב התורה תשביתו · ומה שהביא הבאר אברהם ראי' מלשון הרמב"ם שכתב בפ"ג דחמץ מתחלה שעה ששית ולמעלה אינה יכול לבטל שהרי החמץ אינה ברשותי' שכבר נאסר בהנאה עכ"ל הרמב"ם · והוכיח מזה הבאר אברהם שמחמת שאסור בהנאה אינה ברשותי' ולפי דעתי אין ראיה מהרמב"ם · ואדרבה מוכח איפכא קצת מדברי' שהרי כתב בהלכה שאחר זה בדין א' לפיכך אם לא בטל קודם שש ומשש שעות ולמעלה מצא חמץ שהיה דעתו עליו והיה בלבו ושכחו בשעת הביעור ולא ביערו ה"ז עובר על לא יראה ולא ימצא שהרי לא ביער ולא ביטל ואין הביטול עתה מועיל לו כלום לפי שאינה ברשותי' והכתוב עשאו כאילו ברשותי' עכ"ד הרמב"ם מדשנה הרמב"ם את לשונו שבהלכה הקודמת כתב שהרי אינה ברשותי' שכבר נאסר בהנאה לכן אין הביטול מועיל ובהלכה זו כתב שאין הביטול מועיל לו כלום לפי שאינה ברשותי' ואי דנחית הרמב"ם לפרש הטעם מפני מה אינה מועלת הביטול לפי שאינה ברשותו הוא · לי' ג"כ לפרש מפני מה אינה ברשותי' כדפירש בהלכה הקודמת מפני שכבר נאסר בהנאה אלא נ"ל דמה שכתב הרמב"ם בהל' הקודמת שכבר נאסר בהנאה אין הפירוש מפני זה אינה ברשותי' אלא עיקר הטעם מפני מה אינה ברשותו משום דכתב התורה תשביתו וזה גלוי לכל ולא הוצרך לפרש אך זאת הוצרך הרמב"ם לפרש הטעם מפני מה בתחלה שעה ששית אינה יכול לבטל שמה שכתב התורה תשביתו משעה ששית ולמעלה קאי לכן הוצרך הרמב"ם לפרש מפני שכבר נאסר בהנאה פירוש כיון דהחכמים אסרוהו בהנאה מתחילה שעה ששית כמו משש ולמעלה משתמא ג"כ אסרוהו מתחילה שעה ששית אף שלא כדרך הנאתן כמו משש ולמעלה כי לא נכתב בתורה תשביתו מתחילה שעה ששית · ובהלכה שאחר זה כתב שאין הביטול עתה מועיל לו כלום לפי שאינה ברשותו ושבק מלכתוב שכבר נאסר בהנאה כיון שאין זה הטעם מחמת שאסור בהנאה מפני זה אינה ברשותי' שהוא רק מטעם אחר מפני שכתב התורה תשביתו · ומה שהביא הבאר אברהם הנ"ל ראי' מרש"י (דף ו' ע"א) על הסוגיא דמפרש ויולא דביומי הפסח לאו ברשותי' הוא דלבטלי' שהרי איסור הנאה ואינה שלו עכ"ד רש"י · נ"ל שגם מדברי רש"י אין ראי' · ומתחלה אפרש דברי רש"י ב"ק (דף כ"ט) ד"ה משש שעות ולמעלה אין חמץ ברשותי' דכל היכא דהיתה אסור בהנאה ועשאו הכתוב כאילו הוא ברשותי' לעבור עליו בבל יראה ובל ימצא עד כאן לשונו · (העתקתי את לשונו כתיקן הטעות שנכתב בלידו) · ונ"ל לפרש הלשון דכל היכא שלכאורה אינה מובן ולפי דעתי כוונת רש"י דכיון דהחמץ אסור שלא כדרך הנאתו מדכתב התורה תשביתו לכן אינה ברשותי' וזה מרומז בלשון רש"י דכל היכא דהיתה פירש דאסור אף שלא כדרך הנאתן כמו בהוא וזה כונת רש"י בפסחים דלכאורה כפל את לשונו שכתב הרי איסור הנאה ואינו שלו וגם כתב לשון איסור ולא כתב לשון אסור · לכן נראה דכוונת רש"י בהאיסור הנאה ואינה שלו שאסר להנות אף שלא כדרך הנאתן אבל עיקר הטעם מפני מה אסר שלא כדרך הנאתן ומחמת זה אינה ברשותו משום דכתב התורה תשביתו ובזה מתורץ קושיות הפני ארי' מה שהקשה הפני ארי' בסימן ב' דלשיטת התוספות לפי דברי הפ"ח מותר מן התורה לבטל איסור א"כ מאי האי שאמרו בריש פסחים ובב"ק (דף כ"ט ע"ב) דהחמץ משש שעות ולמעלה מפני שאסור בהנאה אינו ברשותו ועשאו הכתוב כאילו ברשותי' לעבור עליו בע"פ אחר חצות בעשה דתשביתו ובפסח בל"ת דבל יראה הא מן הכתוב שפיר ברשותו הוא שהרי עם היותו אסור בהנאה עדיין הותר לו מן התורה לערבו לכתחילה בהיתר ולאכלו אי לאו שמנעתו תורה בעשה ול"ת זו וגדולה מזו כתבו התוספות דאפילו כשיש בו שוה פרוטה שלא כדרך הנאתו או שיש באפרו שוה פרוטה ברשותו מקרי ולפי מה שכתבנו ניחא מדכתב התורה תשביתו ידעינן מזה דהחמץ אינה ברשותו של אדם שמחוייב לבער מן העולם החמץ שלו ואינו יכול לערב ולבטל מפני שאם יבטל ע"י עירב ממילא עדיין החמץ הוא בעולם ויהנה מאותו אחר הביטול והתורה אמרה תשביתו שלא יהנה ממנה בשום אופן שאסור בכל הנאות שבעולם. ויבערנה מן העולם וכבר כתבתי מזה בפרקים הקודמים :

מפתחות מכפתור א

פרח א

ביאור דברי הספרי בו יבואר פרשה שופטים והובא בספר יראים • וגם יבואר דעת הריב"ש סימן קנ"ה דסובר דעד אחד אינו נאמן מן התורה בעדות אשה והולק על התשב"ץ וראיה ראשונה מרמב"ם פ"ד מ"ה עדות • אינו מובן דבריו מרמב"ם ריש הלכות אישות • וכן דעת הש"ך בח"מ ס' ל"ג סק"א ועיין בסנהדרין דף פ"ח וברמב"ם פרק י"ג מה' עדות וגם בו יבואר דלכאורה קשה על הספרי הנ"ל מסנהדרין דף נ"ז ועיין בנזיר דף ס"א ומסוטה דף ב' • ישוב ע"ז מזבחים דף צ"ד סתירה ע"ז מבכורות דף ל"ה • ישוב על זה מש"ך בח"מ סימן ל' • עולה מזה אפילו עשוי לגלות ע"פ איש אחד ג"כ נאמן עד אחד • ביאור דברי הש"ך ס' מ"ו •

פרח ב

בו יבואר שאינו מובן שאר דברי הריב"ש הנזכר בפרח הקודם מקדושין דף ס"ג ומרמב"ם פרק א' מה' איסורי ביאה • קושיא על דברינו מסוטה (דף ל"א) • וירושלמי ריש פ' מי שקינה ומרמב"ם פ"א מה' סוטה • ישוב על זה מתוספות ב"ב (דף קס"ז) • מתוך הדברים יבואר אף שנאמן עד אחד להתירה להנשא מ"מ אינו נאמן להוריד לנחלה משום שהוא תרי גופא ותרי ענינא • ביאור דברי התוספות ב"ב הנ"ל ובזה נתחזק דברי התשב"ץ שהביא ריב"ש הנ"ל :

פרח ג

בו יבואר דברי הריב"ש הנזכר בפרחים הקודמים שהביא ראיה לדברי מיבמות (דף פ"ז) שאינו מובן מחולין (דף מ') ומגיטין (דף פ"ט) ומאע"ז ס' י"ז ומפסחים (דף ד') ומרב אלפס ריש חולין ומר"ן שם ומיו"ד ריש ה' שחיטה :

פרח ד

בו יבואר מה שהשיב הריב"ש הנ"ל על התשב"ץ שהוכיח מר"ה דף כ"ב ומיבמות דף ל"ט ומרמב"ם פ"ד מה' יבום והריב"ש סותר זה מיבמות דף קי"ז • ואינו מובן מהירושלמי ר"פ אמר להם הממונה • בו יבואר דברי הירושלמי דלכאורה קשה • ישוב ע"ז מסוגיא דיבמות דף פ' ומיו"ד ס' רס"ו ומהרי"ט סי"א ומתוספות ב"ק דף מ"ו ומתוספות ב"מ דף ק' ותוספות הולין דף י"א ותוספות בכורות דף כ' • ומאלה הדברים יבואר דין חדש דאף באיסור דרבנן אם איתחזק איסורא כן עד א' נאמן רק בדבר העשוי להגלות • וגם אינו מובן דברי הריב"ש מיבמות דף ק"ט ומערובין דף ל"ו :

פרח ה

בו יבואר שמספרי הנזכר בפרח ראשון אינו מובן דברי הריב"ש הנזכר שם שמביא ראיה מיבמות דף צ"ג • קושיא ע"ז דלמה הג"ש דדבר דבר • ישוב ע"ז • גם יבואר קושיא מיבמות הנ"ל על הירושלמי שהבאתי בפרח ד' • ישוב ע"ז ופירוש נחמד על הסוגיא הנ"ל שלכאורה יש כמה קושיות על הסוגיא הזה • גם הובא בספר מראות הצובאות ס' י"ז ס"ב ובתשובת הגאון ר"ע איגר זצ"ל פ"י קכ"ד :

פרח ו

בו יבואר שמה שהביא המראות הצובאות ס' י"ז מסוגיא דשבועות דף ל"ב אינו מובן מדהוכחתי בפרח ב' דבתרי גופא ובתרי ענינא יוכל להיות דעל דבר אחד נאמן אבל על דבר שני אינו נאמן • גם אינו מובן מרשב"א מיבמות דף קט"ו גם אינו מובן מה שהוכיח מהרמב"ם פ' י"ג מה' גירושין מגיטין דף ס"ג ומיבמות דף כ"ה • גם יבואר ישוב על קושיות הרשב"א בחידושים על הרמב"ם מגיטין דף ס"ז ומרמב"ם פ"ב מהלכות גירושין ומא"ע ס' ק"ב וברמ"א ובח"מ ובב"ש שם • גם יבואר שאר דבריו בזה הענין :

פרח ז

בו יבואר פירוש בדברי הרמב"ם סוף ה' גירושין שני פירושים נחמדים על הסוגי' דריש פ' האשה רבה ובזה יהיה מתורץ כמה קושיות מה שיש על הסוגי' הזה ומכתובות דף כ"ב ומתוספות שבועות דף כ"ב • הובא דעת מהרי"ט בחידושיו לקדושין דף ס"ג על הרי"ף שהובא בב"ש בא"ע סל"ז וכן דעת הרמ"א שם ודעת הגאון ר"ע איגר ז"ל בתשובותיו ס' קנ"ד וכן דעת בעל נתיבות המשפט שהובא שם ודעת מהרי"ק שו"ת ע"ב הובא בשב שמעתתא דעד אחד נאמן בדבר שבערוה היכא דאתחזק איסורא • גם יבואר שבד"מ היכא דליכא חזקת ממון נאמן עד אחד לפי דעתם • גם יבואר שיש מביאין ראיה ע"ז מר"ן פ' ג"ה סתירה ע"ז מחלקת מחוקק שם :

פרח ח

בו יבואר דעת השטה מקובצת שהביא הקצות החושן ס' רמ"א דהג"ש דבר דבר כממון לאו לכל מילי אקשינהו הכתוב שיהיה שוה עריות לממון מרשב"א בחידושיו לקדושין דף ס"ה ומה שהקשה הקצה"ח שם עליו וגם מה אשר הוספתי להקשות עליו עוד שני קושיות • ביאור הש"ס בדברי הרשב"א וישוב על שני קושיות שלי • ישוב על כל קושיות הקצה"ח ופירוש בדברי הגמרא בקדושין דף ס"ה לפי דעת הרשב"א • ובזה מיושב מה שלכאורה הרשב"א סותר בעצמו את דבריו כאן עם מה שכתב בחידושיו לכתובות (דף י"ט) • עוד פירוש אחר בדברי הרשב"א הנ"ל דסובר כמהר"י בן לב הובא בקצה"ה ס' ל"ד • גם יבואר קושיות הקצה"ח על מהריב"ל וישובו • גם יבואר ישוב על קושיות הקצה"ת על מהריב"ל ויבואר סברת מהריב"ל דהא דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי היינו היכא דאינו חב לאחרים בהודאתו אבל היכא דחב קצת לאחרינא בהודאתו לא מהימן משום הוראת בע"ד רק משום חיוב מתנה ודברים הללו מתבאר בח"מ ס' ק"ד ובש"ך שם ל"ז ומכתובות י"ט ומרא"ש שם ומש"ע ח"מ ס' מ' ומזבחים דף צ"ד ומקדושין דף ס"ה ומסוטה דף ל"א ומיבמות דף נ"ד ומשם נ"ה ומספרי פ' שופטים ומתוספות ערובין דף מ"ו ומב"ב דף קל"ד ומא"ע סוף ס' קנ"ד ועיין שם בב"ש ובחלקת מחוקק ומיבמות דף ל"א וממראה מקומות הללו יתשבו כל הקושיות הקצה"ח בס' ל"ד על מהריב"ל ויפורש דברי הרשב"א בקדושין הנ"ל בדרך נכון :

פרח ט

בו יבואר שאינו מובן דברי תשובות הגאון רע"א בס' קל"ו בענין תרי ותרי ויבואר ישוב מה שכתב הגאון הנ"ל שלכאורה סותר דברי התוספות דב"ב דף ל"א עם תוס' ב"ק דף ע"ב דלא סתרי אהדדי מתוס' כתובות דף י"ג ומתוספות קרושין דף מ"ג בטוב טעם ודעת :

אות ב

גם יבואר מאין הוציא הרמב"ם ר"פ י"א מהלכות עדות ה' א' וב' הדין שכתב שם שאין העדים נעשים זוממים עד שיזום העדים לבד היו עמנו ולא המלוה ולוה כי נלאו רבים בזה • הדין נובע מסנהדרין דף מ"א ומב"ק ע"ב ומתוספות שם ד"ה אין לך וסיוע לדברינו מרמב"ם פ' כ' ה' א' ומאו"ח ס' ל"ח ומכ"מ ברמב"ם פ' י"ט מהלכות עדות ה' ב' ומב"ק ד' ע"ה ומרמב"ם פ"ה מהלכות רוצח ושמירת הנפש ה' ט' ויוד וממכות דף י"ב ומסנהדרין דף פ"א ומירושלמי דתרומות פ"ח ומשו"ע יו"ד ס' קנ"ז ובש"ך ובט"ז שם • גם יבואר שאין קושיא לדברינו מתוס' סנהדרין דף ט' ד"ה עדי האב • גם שלפי דברים הנ"ל יתורץ קושיות הגאון מהור"ר חיים יונה הובא באו"ת בס' ל"ח מתוספות מכות דף ו' ד"ה נרבע יציל וכו' מטור ח"מ ס' ל"ו בשם הרמ"ה מרמב"ם פ' כ' ה"ג •

אות ג

גם יבואר תירוץ על הרמב"ם פ' כ' מה' עדות ה"ג שהשיג עליו הראב"ד והנושא כליו נלאו למצוא תירוץ לדבריו מדברי הרמב"ם עצמו מפ' זה ה' א' ומש"ך ס' ל"ו והב"י ס' ל"ח ומתו'

מכות ד' ו' ומטור ח"מ ס' ל"ו ומש"ך שם ומב"י ס' ל"ח אות י"ד ומתוס' מכות דף ו' ומח"מ ס' ל"ו :

אות ד

גמר תירץ הרמב"ם מה שכתבנו בריש הפרח ממכות דף ה' במשנה שם ומב"ק ד' ע"ג ומתוס' שם ומריטב"א לחידושיו למכות שם · גם יבואר בטוב טעם ודעת ההקש דשלשה לשנים דאיתא במכות דף ה' במשנה שם ביאור בדברי רש"י מכות דף ו' ותוס' שם ד"ה תנ"ה וכל הסוגיא דשם · גם יבואר פשט דברי הרמב"ם פ' ד' ה' עדות דלא כהפירוש של הכ"מ שם מב"ב דף קס"ה וממכות ד' ה' במשנה שם · בתוך הדברים יבואר דברי הרמב"ם מה שכתב עוד בפ' הנ"ל · גם יבואר שאינו מובן תירץ של או"ת על קושיות הגאון ר' חיים יונה לפ"ז לא אבינה דברי הגאון ר' עקיבא איגר בתשובותיו בס' קל"ו · ובזה יבואר דברי התוס' ב"ק ד' ע"ב שלא יהי' קשה מקדושין דף מ"ג מתוס' שם · גם יבואר שלכאורה יש ראי' לדברינו מטור ש"ע ח"מ ס' קכ"א בש"ך שם ס"ק נ"א ישוב לזה שאין מזה שום סתירה לדברי הגאון הנ"ל :

פרח י

בן יבואר לדעת החולקים על הרמב"ם וסוברי' שאף אם המזומים אומרים שגם הלוה והמלוה הי' עמהם מקרי ג"כ הזמה ס"ל דהחידוש הוא אליבא דרבא מה שאנו מכשירין' הבתראי ואביי ורבא אזלי לשטתם כמו שסוברים בחולין דף כ"ה לענין שבועות העדות ובזה יהי' ניחא דברי הרמב"ם מה' שבועות פ"ט הלכה י"ד וגם הרמב"ם פ' ח' מהלכות טומאות צרעת ותירץ על דברי הרמב"ם בפ' ט"ו מהלכות מ"א וגם יבואר בו שנוכל לומר דהחידוש דבב"ח הוא כמ"ש הראש יוסף בחולין שם :

פרח יא

בו יבואר לפי דברי הכו"פ בס' פ"ז שכתב דלאחר שנעשה בב"ח נט"ל אסור דעל זה לא אמרינן דרך ביטול שיהיה הטעם לשבח ישאר קושיות התוס' בע"א דף ס"ה :

אות ב

גם קשה עליו מפסחים דף כ"ה · פילפול נחמד על הגמרא דשם · לפ"ז נסתר תירוצו של הכו"פ מה שתירץ על מהרי"ל שם · גם לפי מה שכתב הפ"מ נסתר תירוצו של הכו"פ לכאורה דברי הכו"פ נכונים ומקודם נחקור נ"ט ב"ר נ"ט בשאר איסורין מדרבנן אסור או מן התורה אסור · מסיק להלכה דאינה אסור רק מדרבנן ובו"ת מסיק דנ"ט בר נ"ט בטעם מושבה אסור מדאורייתא · בתוך הדברים יש קושיות ותירוצים מפני מה הצריכה התורה להגעיל כלי מדין וחקרתי דנ"ט ב"ר נ"ט דנט"ל בבו"ת אי אסור אי לא ומסיק דלכאורה אסור אך מכל האחרונים משמע דמותר ואינו מורין כן לפ"ז קמה הקושיא למה צוה מהרי"ל להגעיל · ואח"כ ביארתי הא דהיו דלוקין על בבו"ת שלא כדרך הנאתן הוא דווקא היכי דאחשבה והבאתי דברי הרא"ש בפסחים בס' א' והשו"ע באו"ח ס' קמ"ב סעיף י' מגן אברהם שם · פירוש בדברי הרא"ש שם · הובא ראיה שאין אדם יכול לבטל אוכל אלא אם דרך שאר בני אדם עושין כן (שבת דף קכ"ד) בתוס' שם ופסחים (דף מ"ה) נפקא מיני לחמץ בפסח שאין אדם יכול לבטל שלא יהיה עליו תורת אוכל רק באופן שמבואר במשנה שם · בתוך הדברים יבואר שלא סתרי דברי המ"א אהדדי ס"ק י"ד עם ס"ק ט"ו · בתוך הדברים יבואר בהדיה שנמצא סברא דאחשבה בשאר איסורין דמפשי דאחשבה אסורין · והסכימו לזה כל האחרונים שם בס' תמ"ב להלכה :

אות ג

ואח"כ הבאתי ראיות שגם כו"ת הא דהיו דלוקין שלא כדרך וכו' היינו דוקא היכי דאחשבה מדברי הרשב"א בתורת הבית הארוך בית רביעי שער ראשון · סתירה לדברי הפ"מ בס' ק"ג במשבצות ס"ק א' · פירש בדברי תורת הבית הארוך הנ"ל מדברי בעל התרומות והר"ן שהובא בב"י בס' ק"ט · גם יבואר דגם יבש ביבש אם נתערב מין בשאינו מינו ואוכלים יחד ומרגיש הטעם בטל חד בתרי מן התורה מזבחים (דף ע"ח) וממנחות (דף כ"ה) ושני הראיות כתב בעל ת"ד ובזה דברי התורת הבית הארוך נכונים · סוף הפירוש בדברי תורת הבית הארוך הנ"ל · בתוך הדברים יבואר דאם נתערב קמח קטניות או של אורז בתוך הפסח בטל במחצה על מחצה שלא כדברי הח"ק יעקב בס' תנ"ג סק"ו · גם יבואר דאם נתערב חמץ ונקשה בע"פ בשעה ששית בטל במחצה על מחצה וראיה לשני הדינים האלו מבכורות (דף כ"ג) · פירש בדברי הרא"ש בפ' בתרא דע"א שלכאורה תמוה מאוד · ישוב מה שמשיג הר"ן פ' השוכר את הפועל על הגמרא שאחר המשנה זה הכלל כל שבהנאתן בנ"ט כו' על הרשב"א בתורת הבית הארוך בטוב טעם · קושיא על הגמרא דפסחים (דף כ"ד) מחולין (דף ק"ה) לכאורה מתורץ מע"א (דף ס"ז) מה דהשביח ולבסוף פגום · מחזק הקושיא מהרא"ה בבדק הבית שם דמאן דסובר השביח ולבסוף פגום אסור סובר דאפשר לסוחטו אסור · גם מדברי התוס' דע"א (דף ס"ח) מוכח כן · גם יבואר שאין אפשר לומר בדרך אחר · קושיות הכו"פ בס' ק"ג ס"ק ה' על דברי התוס' (דחולין דף ח') ד"ה השוחט · תירץ על קושיא הנ"ל מתוס' (ע"א דף ל"ח) ד"ה אי ומש"ך יו"ד סי' קכ"ב סק"ד · מביא ראיה לזה מע"א (דף ס"ז) ובזה מיושב קושית הכו"פ מצורף לזה דברי הש"ך ס' ס"ו · קושיות ופירוקים ובזה מתורץ קושיא הנ"ל בטוב טעם · גם יבואר שהרשב"א במשמרת הבית לא ס"ל כהר"א שמחלק דאף למ"ד שאפשר לסוחטו מותר היינו דוקא בבו"ת אבל בשאר איסורין מודה דאסור מדבריו (דף צ"ט ט') · גם יבואר תירץ נכון על הקושיות הב"י בס' ק"ו על הרשב"א · קושיות ופירוקים ומסיק בקושיא שלמ"ד אפשר לסוחטו מותר אין לוקין על בב"ת שלא כדרך הנאתן מפסחים שם · וגם יבואר קושיא אחרת על כו"פ הנ"ל מר"ן בחידושים הביאו ספר אגודת אזוב ולפי דעת הרשב"א בחידושים על הסוגיא דזרוע בשילה · ואף שמבואר בחולין (דף ק"ח) דהייב על חצי זית בב"ח היינו דוקא שהוא דרך הנאתן וכדי ליישב שלא יקשה על אביי האיך קאמר הכל מודים מסיק הא דחייב על בב"ת שלא כדרך הנאתן היינו דוקא אם אחשבה אבל אם לא אחשבה הוא אסור רק מדרבנן · בתוך הדברים יבואר דנבלה שאינה ראוי לאכילה אף אם חזר ותקנו מותר ואם עירב דבר מר בשאר איסורין וחזר ותקנו אסור מן התורה כן כתב הח"ד בס' ק"ג · ובזה יהיה מתורץ מה שלכאורה קשה על דברי הרשב"א ומה שמבואר לקמן שלכאורה קשה על דברי הר"ן :

אות ד

קושיא על הר"ן פ' השוכר את הפועל הנ"ל מפסחים שם ומפסחים (דף ל"ג) וכן איתא בשבת (דף ע"ב) · ראיה ברורה לזה מהרמב"ם פ' י"ד מה' מ"א ה' י"ב · ישוב ע"ז גם יבואר דלא פליגי הרשב"א דמתיר לאכלה אם נתערב באיסור שאינה ראוי לגר עם הרמב"ם דפ' י"ד מה' מ"א ה' י"א · תמיה על המנחת כהן שכן מפורש באו"ח ס' תמ"ב דאף שנפסלה מאכילת כלב אם אוכלה במתכון אסור ונובע זאת מדברי הרא"ש פ' כל שעה ומדברי תרומת הדשן וכן פסקו כל האחרונים ועיין לקמן · ויבואר בטוב טעם מ"מ אף שאסרו הכמים כלי שאינו בני יומא והתבשיל מותר משום · ראיה לזה מדברי הנ"י על הסוגיא דיבמות (דף פ"ב) ויבואר שאסור להשתמש בכלי חרס שאינו ב"י אף שהן מרובים והן הפסד גדול ולא כדעת מהר"ל ב"ת הובא בתשובות הגאון רע"א ז"ל מ"ג ומה שהביא ראיה מדברי הר"ן אינו ראיה · פירוש נחמד בדברי הר"ן שלכאורה הוא מוקשה וראיה מדברי משמרת הבית לזה · פירוש משמרת הבית ע"ז · וגם יבואר דאף אם אין בתבשיל רוב נגד הכלי שאינה ב"י אעפ"כ מותר התבשיל · וגם יבואר דלא פליגי הש"ך ביו"ד ספ"ז עם המ"א בס' ת"נ דיש חילוק בין בשר בחלב בין שאר איסורין ויבואר שמה שצוה מהרי"ל להגעיל כלי שמחממין בה להפיפת הראש מעורב עם אפר כירה הביאו הרמ"א בס' פ"ד הוא רק לכתחילה אבל דיעבד מותר · ישוב על קושיא השני מה שהקשה הכו"פ על מהרי"ל מ"מ לא חשש על איסור בב"ת וזה מבואר היכי שאסור רק מדרבנן אינה מוזהר לבשל בב"ת · עוד תירץ על קושיא זה היכי דאינו מתכוון מותר אף לדעת רש"י בשבת (דף ע"ה) ולדעת הערוך הובא במ"א ס' ש"ק ג"כ מותר לפי דברי התוס' בע"א (דף ס"ה) וראיה מדברי הר"ש דכלאים פ' ט' מ"ט דבכלאים בעינן שיהא נהנה · גם הובא הגמרא דסוף פ"ק דביצה ותוס' והר"ן ביו"ד ס' ש"א ודו"ק ואינו מובן דברי הגאון רע"א ז"ל בהידושיו בס' פ"ז בקיצורי דינים מסיק בקושיא על הפ"ת באו"ח ס' תס"ב אות ט' שהובא ראיה מפ' אין מעמידין דאם אינו ראוי למאכל אדם מותר אף מדרבנן איני מבין דבריו מדברי הירושלמי פ"ר דדמאי וביותר מדברי התוס' סוף תמורה בד"ה הנשרפין כו' ומסיק דאסור מדרבנן כמו שמבואר באו"ח בסימן תמ"ב :

הדינים היוצאים מפרח הזה

א דין נ"ט בר נ"ט בשאר איסורין אינו אסור רק מדרבנן ונ"מ אם נשפך ואינו ידוע אם היה בו ששים אם לאו דמותר :

ב דין נ"ט בר נ"ט בבו"ת אם לא היה פגום אסור מן התורה

התורה ואם נשפך ואינו ידוע אם היה בו ששים אם לאו אסור דהוי ספיקא דאוריתא :

ג דין כלים שאין ב"י אסורין להשתמש בהן אף שהוא הפסד גדול כגון שהן מרובין דלא כרעת מהר"ל ב"ח שכן מוכח מהרשב"א ומה שמביא ראיה מהר"ן אינו ראיה כמו שכתבתי בפנים :

ד דין אף שאין בתבשיל רוב נגד הכלי שאינו בן יומא ג"כ מותר התבשיל אי הטעם כמו שכתב הרשב"א, שם בבית רביעי שער ראשון (דף ק"ט) עי"ש אי הטעם כמ"ש בפנים משום דהוי מלתא דלא שכיחה ולא גזרו רבנן :

ה דין בבו"ח היכי דלא אהשבה אף אם עירב בו ממשו של איסור בב"ח והוא שלא כדרך הנאתן כגון אם עירב בו דבר מר כמ"ש הרמב"ם ולא היה בו ששים אינו אסור רק מדרבנן ונ"מ אם נשפך וספק אם היה בו ששים או לא דמותר דהוי ספק דרבנן ומה שאוכל בתערובות לא מקרי אחשבה כמו שמבואר בפנים · עוד יש נ"מ להולה שיש בו סכנה אף דמותר ליתן לו דבר איסור אף איסור דאורייתא מ"מ אם די להאכילו לחולה זה שיש בו סכנה וליתן לו דבר זה אסור ליתן לו דבר שהוא אסור מן התורה כדקי"ל מאכילין אותו הקל הקל · ולדעת ראבי"ה ומרדכי ואגודה הובא בש"ך ביו"ד סקנ"ה ס"ק י"ד דמותר ליתן לחולה שאין בו סכנה דבר איסור שאסור שלא כדרך הנאתן כיון דאינו אסור רק מדרבנן ה"ה דמותר ליתן בב"ח שלא כה"ג דלא מקרי אחשביה רק כשאומר שהוא רוצה להנות מן האיסור אף כשהיה פגום ומה שהקשה הבעל שאגת אריה על דברי הש"ך אלו עיין בדברינו לקמן בפרת שאחר זה ועיין בקיצורי דינים בפנים בדין ה' :

ו דין היכי דאחשבה בשאר איסורין כגון שאכלו במתכוין דמקרי אחשבה בדרך זה אסור לאוכלה אף אם נפסלה מאכילת כלב כמו שמבואר באו"ח ס' תמ"ב וכן הסכימו כל האחרונים אף שהפ"מ במשבצות ס' ק"ג ס' א' הביא בשם הפ"ה דליכא איסור רק משום בל תשקצו ונ"מ שאסור לבטל לכתחלה ולפי הפ"ת מותר לבטל כמ"ש בפ"מ שם ולפי דעתי נראה כמ"ש ומי שיבוא להורות דין זה יעיין מקודם בספר פ"ת אולי ימצא סתירה לדברי ועיין בפנים בקיצורי דינים בדין ו' :

ז דין אם נפלו קמח של קטניות או של אורז בתבשיל בפסח בטל במחצה על מחצה שלא כדברי החק יעקב :

ח דין חמץ נוקשה בערב פסח מתחילת שעה ששית · עד סוף שעה ששית בטל במחצה על מחצה כיון שהוא תרתי דרבנן :

ט דין בב"ח היכי דלא אחשבה אפילו הכי אסור מדרבנן אם נהנה שלא כדרך הנאתן דגזרינן לא אחשבה אטו אחשבה כדין שאר בשר בחלב שאסור בהנאה :

י דין בשאר איסורין היכי דלא אחשבה מותר לכתחילה להנות מן הכלי שאינה בן יומא אף שאסור לבשל לכתחלה תבשיל מ"מ מותר להנות שלא כדרך הנאתן אם הוא דבר שאסור בהנאה כגון חמץ בפסח לבד מבב"ח כמ"ש המ"א וגם הש"ך מודה לזה כמבואר בפנים

יא מה שצוה מהרי"ל להגעיל הכלי שמחממין בו מים לחפיפת הראש עם אפר כירה שמעורב בהן בב"ח הוא רק לכתחלה דלכתחלה אסור להשתמש בלא הגעלה אבל בדיעבד אם בישל בה בלא הגעלה מותר :

יב מה שמבואר בשו"ע או"ח ס' תמ"ב סעיף ז' בבצק שבסדק' עריבה אם יש כזית במקום אחד חייב לבער אם לאו אם היה עשוי לחזק בו שברי העריבה או לסתום בו נקב בטל במיעוטו ואינו חייב לבער היינו דוקא דבר שדרך שאר בני אדם לעשות כן לבטל אוכל באופן זה אבל היכי דאין דרך שאר בני אדם לעשות כן אינו יכול לבטל אוכל שלא יהיה נקרא שם אוכל עליו ומחויב לבער כמבואר בפנים :

יג דין אם אינו מכוין לבשל הבב"ח אף דהוי פסיק רישא מ"מ מותר כיון דלא ניחא לו ומה שאסור לחתות תחת הקדירות של עכו"ם המבואר ברמ"א ביו"ר ס' פ"ז התם הוא מכוון לבשל כיון דמסתה בכיון שיבושל אף אם יהיה בשר וחלב בתוך הקדירה או שהקדירה בוודאי בלוע מבו"ח וכשיתחה מבשל הבלוע בקדירה עיין בש"ך שם ס"ק י"ה שכתב שם מיהו בבו"ח לאו דוקא · אלא ה"ה שאר דברים רזיל בתר טעמא פירש אף אם העכו"ם מבשל שאר דברים אסור לחתות דהקדירה בלוע מבו"ח עיין בכו"פ שם בס"ק י"ג בסופו ומה שהקשה הגאון רבי עקיבא איגר בחידושיו שם באות י"ד אינו מובן לי עיין שם :

יד דין אם אינו מתכוון ללבוש כלאים אף שהוא פסיק רישא כיון שאינו נהנה כגון שלבוש מלבושים אחרים להגן עליו בחמה מפני החמה ומפני הצנה כמבואר בתוס' שבת (דף כט ע"ב) בד"ה ובלבד מותר כיון שאינו נהנה אף לשיטת רש"י ובערוך כמבואר בפנים :

פרח יב

בו יבואר קושיא על הכו"פ שכתב דלר"י יליף דנט"ל מותר מלא יאכל הוא ע"כ מוכח דיליף מנבלה · קושיות המשנה למלך בהלכות שבועות הל' ה' על דברי התוס' בשבועות (דף כג ע"ב) בד"ה דמוקי לה וכו' לפי דברי מהרש"ל ומהר"י אבן לב דמוכח דכל שהוא מדרך הנאתן דאינו אסור רק מדרבנן · תירץ על קושיא הזה בשער המלך בהלכות יסודי תורה פ' המישי ה' ח' דר"ש דמחייב בכל שהוא ה"ה בשלא כדרך הנאתן אבל לר"י אף דס"ל דהצי שיעור אסור מן התורה אבל שלא כדרך הנאתן מותר מן התורה דבהצי שיעור יש טעם בדבר דחזי לאיצטרופי · סתירה לתירוץ השער המלך שגם לר"ש דמחייב בכל שהוא למכות יכולין לומר דהטעם משום דחזי לאיצטרופי לכאורה מוכח כן · פירוש נחמד בחזי' לאיצטרופי לדברי מרש"ל ומהר"י אבן לב והכי דייקא לישנא דגמרא שלא כדברי שער המלך · ראי' לפירוש זה מדברי הרב המגיד בפ' א' מהל' גניבה הלכה ב' ומדברי הסמ"ע בסימן שמ"ח ס"ק א' · ולפ"ז נפשט ספיקות של הגאון רע"א דכתב בס' קנ"ד באוכל הצי שיעור בסוף שביעי של פסח בענין דליכא שהות לאכול שיעור שלם · וגם אינה נכון תירץ של הנודע ביהודא במהדורא תנינא באו"ח סנ"ג · תירץ על קושיות הלהם משנה שהקשה בפ' א' מהל' גזילה ואבידה הל' ב' על הרמב"ם · תירץ על זה סלהם משנה · נסתר תירוצו מדברי התוס' הולין (דף ל"ג ע"א) ד"ה אחד · תירץ אחר על קושיות הלחם משנה · לפי פירושי בחזי' לאיצטרופי יש הילוק בין גוזל ועושק דבעושק אינה אסור מן התורה לעשוק פחות משוה פרוטה · ראיה ברורה להילוק זה מע"א קף י"ט ע"ב דלכאורה קשה על הסוגיא שם ולפי דברי ניהא· פירוש בדברי הגמרא סנהדרין דפריך והאי פחות משוה פרוטה וכו' קאי על העושק דבישראל מותר ובעכו"ם אסור · ויש לזה ראיה מדברי הרמב"ם בפ' תשיעי מהל' מלכים הל' ט' · וכיון דאיפשיט ספקותו של הגאון ר' עקיבא איגר הנ"ל ישאר קושית הצל"ח על הרמב"ם פ' א' הלכה ז' · תירץ אחר דלמד הרמב"ם מלא יאכל כדי להשמיענו דאסור אף להנות מכל שהוא המץ · ולפ"ז קמה קושית המשנה למלך הנ"ל במקומה :

אות ב

תירץ נחמד על קושיא הזה דבחצי שיעור וגם הוא שלא כדרך הנאתן מותר מן התורה ואף אליבא דרבנן דר"ש דשביעית שם וראיה מפסחים דף ל"ה ע"ב ולפ"ז מתורץ קושית השאגת ארי' בס' ע"ד על רבינו הטור באו"ח ס' תרי"ב ויש ראיה לזה מבעיא דרב אשי בשבועות דף כ"ב ע"ב · שני קושיות על התוס' שם · בתוך הדברים נזכר הגמרא דנדה דף ל"ד ע"א וגיטין דף ג' ע"ב · ישוב על זה · פירש נחמד על דברי התוס' הנ"ל שצריכין לבאר כוונתן בלא זה · ולפי דברינו דברי רבינו הטור באו"ח ס' תרי"ב ניחא דמוכח מאבעי דרב אשי כוותיה · תירוץ על שאר קושית השאגת ארי' שם על דברי הטור · גם תירץ על קושית השאגת ארי' דרבינו אזיל לשיטתו דאיתא במרדכי פ' כל שעה וגם על דברי הש"ך ביו"ר ס' קנ"ה ג"כ קשה זאת · פירש נחמד בדברי המרדכי הנ"ל ובזה מתורצים דברי רבינו הטור והש"ך · בתוך הדברים הבאתי שאסור לתכנים עצמו לכתחילה בספק דרבנן כמבואר בר"ן סוף פסחים ' ובזה מיושב מה שלכאורה קשה בסוגיא דגמרא בהולין דף ג' על רבא ואביי · עוד תירץ על הרמב"ם דחמץ ומצה הלכה כ"ז לפי דברינו · והקושיא שהקשתי על הכו"פ במקומה עומדת · וישוב על קושיות התוס' דבכורות (דף כ"ז ע"ב ד"ה אידך וכו' דלא קשה · בתוך הדברים נתישב דברי הרמב"ם מה שפסק טעם כעיקר דרבנן :

פרח יג

בו יבואר ראיה לדברי הרמב"ם דשלא כדרך אכילתן מקרי כשעירב דבר מר ולפי פירש"י ותוס' כשאכלן חי מקרי שלא כדרך אכילתן יש לפשוט ספק של בעל משנה למלך מהלכות יסודי התורה פרק ה' הל' ח' דלגבי מצות עשה אי בעינן כדרך אכילתן אי לא מפסחים (דף ע"א ע"א) וממנחות (דף צ"ט ע"ב) ומפסחים (דף נ"ט ע"ב) · גם מבואר שלא נסתרה ראי' הזה מזבחים (דף ל"א ע"א) · לכאורה יש ראי' מפסחים (דף קט"ו ע"ב) אך יש לסתור זאת מכתובות (דף ל' ע"ב) ומחולין (דף ק"ג ע"ב) :

פרח יד

בו יבואר אם ייצאים באתרוג שאסור באכילה מדרבנן או

לא

לא · לכאורה יש ראי' דאין יוצאין מסוכה (דף ל"ה) (ומדף ל"ד ע"ב) ומיבמות (דף ק"א ע"א) (ומדף פ' ע"א) ומביצה בריש הפרק ומתוס' יבמות (דף פ"א ע"א) ד"ה מאי היא ומתוספות זבחים (דף ע"ג ע"א) ד"ה ר"מ ומתוס' סוכה שם ד"ה לפי · אך נוכל לדחות זאת · אבל יש ראי' מקדושין (דף נ"ב ע"ב) · לפי דברי הפוסקים שהביא הב"ש בס' כ"ח ס"ק ל"ה ומקדושין (דף נ"ח ע"א) · ומתוספות כתובות (דף כ"ט) ד"ה אלו ומקדושין (דף מ"ז) · אך יש לסתור מהידושי הרשב"א שם (דף נ"ח) ומתוס' ב"ק (דף ע"ב ע"ב) ד"ה דס"ד : אך יש להביא ראי' כירושלמי דקידושין פרק האשה ניקנית ה' א' ומפסחים (דף י"ד ע"א (ומדף ט"ו ע"ב) ומרמב"ם פ"ג מהל' חמץ ומצה הלכה ד' · אך זה נוכל לדחות מביצה (דף ז') אך יש ראי' מרמב"ם פ"ה מהלכות אישות הלכה א' ומב"ש ס"ק נ"ב וגם זה נוכל לדחות לקצת פוסקים :

אות ב

אך יש להביא ראיה מתוספות ישנים דביצה דף ג' ע"ב · אך לכאורה קשה על הך סוגיא דפסחים מעירובין דף ל' ע"א אך לפי דברי הרמב"ם שפירש שלא כדרך אכילתן היינו שעירב דבר מר ניהא · בתוך הדברים יבואר שהרמב"ם אינו סובר כדברי המשנה למלך מהל' חמץ ומצה הל' ז' ובהלכות שבועות פ"ד · לר"י דאיתא ביומא דף ע"ד אזיל לשיטתו לפי מאי דסובר בפסחים דף כ"ד ע"ב ובע"א דף ס"ז ע"ב וגם רש"ל דיומא אזיל לשיטתו לפי דסובר בע"א הנ"ל · גם יבואר דאף לר"ש דס"ל כל שהוא למכות מ"מ מודה ביוהכ"פ דבעינן ככותבות מיומא דף פ"א ע"א ואיתא הברייתא דעירובין דף ל' כרבנן דפכחים דף מ"ד לפי דברי התוס' בעירובין דף ט"ו ע"ב ד"ה דכתיבה · וגם יבואר דלא קשה מפסחים דף כ"א ע"ב על הסוגיא דע"א דף ס"ח ע"א · בתוך הדברים יבואר מה שלכאורה קשה על הסוגיא דע"א הנ"ל · תירץ על זה מאו"ח ס' תמ"ז ותוס' ורא"ש דע"א דף ס"ו ע"א · וגם יבואר שיש לכאורה קושיא על דברינו · תירץ ע"ז מיומא דף פ' ע"א ומסוכה דף כה ע"ב · ולפי דברינו אלו יש לישב דברי הכו"פ דלא ישאר לפי דברינו קושיות התוס' דע"א דף ס"ה ד"ה הבגד · סתירה לזה מע"א דף ס"ג ומהולין דף ק"ח אך לפי דברינו ניהא · היוצא מזה דהמנו הוה כמו שנתברר לפנינו שהעדים אחרונים אומרים אמת · לפי זה אין אנו מבינים דברי הגאון רבי עקיבא איגר בתשובותיו בסימן קל"ו :

פרח טו

בו יבואר שלפי דברינו צריכין טעם אחר באיזה סברא פליגי המ"ד בתרי ותרי אי הוי ספיקא דאורייתא אי לא ומוקמינן אחזקה שלא כדברי הגאון הנ"ל עיין בפנים הסברא במה פליגי ויהי' ניחא לפי דברי התוספות גם לפי דברי הרמב"ם שפוסק כמ"ד דתרי ותרי הוי ספיקא דאורייתא עיין בחו"מ ס' ל"ד סעיף כ"ה · סתירה לזה מקדושין דף מ"ג ומכתובות דף כ' ע"א טעם אחר באיזה סברא פליגי המ"ד הנ"ל מיבמות דף פ"ח ע"ב וכמכות דף ה ע"ב ומב"ק דע"ב ע"ב וממכות דף ב' ע"ב ומרש"י שם דף ד' ע"ב ד"ה שכן קנס ומתוס' ב"ב דף ל"א ע"ב ד"ה וזו באה · סתירה לזה מדברי הרשב"א ביבמות דף פ"ח ע"ב דברי המתהיל דשנשאת ולפי דברי הרב אלפס דכתובות פ' האשה שנתארמלה ומר"ן שם ניחא טעם אחר במאי דפליגי דתרי ותרי אי הוי ספיקא דאורייתא אי לא מיבמות דף ל"א לפי דברי הש"ך בחו"מ ס' פ"ז ס"ק ט"ו ומקצות החושן שם :

פרח טז

בו יבואר שגם מיבמות דף ל"א מוכח שלא כדברי הגאון ר"ע איגר בס' קל"ו · גם יבואר ראי' לדברינו שטעם כחלוקותן כדברי מב"מ דף י"ד ע"א וט"ו ע"ב ומח"מ ס' קמ"א ורכ"ה דקשה מזה על הא דיבמות הנ"ל וגם ס' צ"ו סעיף ה' ומסימן תכ"א ומב"מ דף ה' ע"ב ומקדושין דף ס"ג ע"ב ומכ"ב דף ס"ב ע"ב ומה"מ ס' רי"ה סעיף כ"ד ומב"י בה"מ ס' רל"ה :

אות ב

גם מבואר שלא כדברי הגאון ר' ישעי' פיק בהגהותיו בכתובות דף כ' כתירה לדבריו מב"ב דף קס"ט ומב"מ דף ד' ע"ב ומתוספות ב"ב דף ל"ב ע"ב ד"ה והלכתא ומתוס' שם דף ס"ב ע"ב ד"ה אתמר ומש"ך בחו"מ ס' צ"א · ומתוס' כתובות דף עו · ד"ה על בעל ומב"ב דף ס"ב ע"ב ד"ה ארעתא ומשב שמעתתא ד' פרק טו · בתוך הדברים יבואר שעל דברי הש"ך יהי' קשה שמוכח שגם בממון שייך חזקת מרא קמא · אבל על דברינו אינו קושיא · המשך הקושיא מב"מ הנ"ל על יבמות וכתובות דף כ' הנ"ל כב"מ דף ה' ומבא"ה בחו"מ ס' ל"ד סעיף י"ב בסמ"ע שם ומב"ב דף פ"ז ע"ב ומהולין דף ד' ומגיטין פרק

הנזקין ומתוס' קדושין דף מ"ג ע"ב ומב"ק דף ק"ו ע"ב ומכתובות ד' כ"ב ע"א ומב"ק דף מ"ו ע"א ומתוס' שם ד"ה שור ומשם ע"ב ומפני יהושע שם ומש"ך בחו"מ ס' ק"ח ס"ק ז' ומח"מ ס' פ"ב ס' א' ומש"ך שם ס"ק ג' בשם הנ"י · בתוך הדברים יבואר הגמרא דכתובות דף יח ע"ב · ישוב קושיות התוס' הנ"ל שם דף יט ע"א ד"ה חזקה בטוב טעם ודעת · עוד תירץ הקושיות התוס' הנ"ל מב"ב דף קנ"ד ע"ב דב"ב דף ה' ע"א לפי דברי האו"ת ס' ע"ח סק"ט :

אות ג

וגם יש ראי' מתוס' ב"ב דף ה' ע"א ד"ה ובא דאף אם הלוה משוה להחזקה מיקרי ג"כ חזקה · וגם יבואר תירץ על קושיות בעל גידולי תרומה שהניח בצ"ע בשער ט"ז חלק שני על דברי התוספות דב"ב דף ה' הנ"ל מח"מ ס' קכ"ח ומנדרים דף ל"ג ע"א ומירושלמי פ' שני דיני גזירות ה' ב' ומש"ך בח"מ ס' קכ"ח ס"ק ה' ומכתובות דף ק"ח בתוס' ד"ה ועל ומש"ך שם ס"ק ג' ומסוף פ' איזהו נשך ומח"מ ס' ע' · ישוב אחר על הקושיות בעל גידולי תרומה על התוספות ב"ב דף ה' הנ"ל · בתוך הדברים יבואר שני פירושים בדברי התוס' הנ"ל · הוכחה דאף הבעל דבר בעצמו משוה החזקה אלים כמו דהוה ידעינן החזקה מאנשים אחרים ולא אמרינן הפה שמשוה החזקה הוא סותר החזקה : וגם יבואר שאין ראיה מח"מ ס' ע"ת לזה · סיום הקושיא מהך דב"מ על הך דיבמות דף ל"א הנ"ל · תירוץ על קושיא זה מב"ב דף מ"א ע"ב ומחו"מ סי' ק"א סעיף א" · לפ"ז אינו מובן דברי הגאון רע"א בתשובותיו בס' קל"ו אלא הטעם דפליגי אי תרי אתרי אי הוה ספיקא דאורייתא אי לא מהולקין בסברת הש"ך בחו"מ ס' פ"ז ס"ק ט"ו ובסברת קצה"ח שם · לפ"ז קרקע בחזקת בעליה עומדת מקרי חזקת המוחזק ולא חזקת מרא קמא · ראיה לזה מב"מ דף ק' ע"ב ומתוספות שם ומרשב"ם דב"ב דף ל"ב ע"ב :

פרח יז אות א

בו יבואר שיש נפקא מינא לדינא אי אמרינן קרקע בחזקת בעלי' עומדת נקרא חזקת המוחזק לא אזלינן בתר רובא ומשכחת לה הנ"מ לפי שמבואר בחו"מ ס' רי"ד סעיף ז' ברמ"א שם · ומקור דין זה נובע מב"ב דף ס"א ע"ב · ראיה לזה מתשובת מהרי"ט ס' כ"ז בחלק שני ומשב שמעתתא דף פ' נ"ב · גם יבואר שיש ראיה מן התורה דאזלינן בתר רובא נגד המוחזק ·

אות ב

גם יבואר קושיות הש"ך ביו"ד סי' רס"ב ס"ק ב' על הא דפסק הרמ"א כהרא"ש והרשב"א דאם מל בתוך הי ימים כשר בדיעבד ממנחות דף ע"ב ע"א · גם יבואר קושיות הש"ך שם על הרמב"ם פ"ז מהל' תמידין ומוספין דין ו' דפסק דנקצר שלא כמצותו כשר בדיעבד ואפ"ה פסק דדוחה את השבת ממנחות הנ"ל · תירץ על קושיות הש"ך על הרמב"ם הנ"ל ממכות דף ט"ו ע"ב דר"י ס"ל דלאו שאין בו מעשה היו לוקין עליו ומתמורה דף ט"ו ומרש"י שבת דף כ"ד ומתוס' יבמות דף ה' ומעירובין דף ק' ומפסחים דף פ"ה ומטורי אבן ומיבמות דף ע"ב ומירושלמי ר"פ ב"מ · ולפ"ז ניהא קושיות הפני יהושע על התוס' דקדושין דף ל"ד ע"א ד"ה מעקה מפסחים דף ג' ע"א דעשה דנותר מקרי עשה שהזמן גרמא · ישוב על זה דמוכח מקדושין דף כ"ט לפי דברי התוס' ד"ה דכיון דשלא בזמנו כשר בין ביום בין בלילה הוה מ"ע שלא הזמן גרמא · גם יבואר שהרמב"ם לא ניהא לי תירוץ התוס' דמנחות שם ד"ה אבאי דאינם מובנים מיבמות דף ל"ב ע"ב וגם מיומא דף ו' ע"ב :

אות ג

גם יבואר מה שכתבו התוס' בריש פרק ר"א דמילה בד"ה ר"א דשרי להביא את הסכין דמילה דרך רה"ר כדי לקצר דרכו · קושיא על זה מיבמות דף ל"ט ומדף כ"א · ישוב ע"ז מביאור הגר"א באו"ח סי' תכ"ו · קושיא על זה מיומא דף ס"ו · ישוב ע"ז ובזה יהיו ניחא קושיות המרש"א שבת דף ה' ומתוס' שבת דף ס"ט ומשבת דף קי"ד ומפסחים דף כ"ד ומבנהות דף ל"ו ותוס' שבת קל"ב · קושיות אחי הגאון מוהרמ"ש על יומא דף ס"ו וחולין דף קל"א · גם קשה מנזיר דף מ"ת ומתוס' שב דף מ"ד ובתוס' יבמות דף נ' · ישוב על זה מיבמות דף ל"ב ומעירובין ק"ג ומהולין דף י"א ויומא ס"ג ותמורה דף ו' ומיומא דף ס"ז ועירובין דף י"ד וט"ז או"ח ס' שס"ב וברכות דף מ"ז :

אות ד

גם יבואר מה שלכאורה קשה על הרמב"ם שפסק בפ' ב' מהלכות

מהלכות סוטה הל' ט' דאפילו אם עבר ונשא שניה מקרי האיש אינו מנוקה מעון מניין לו זאת · ישוב לזה דפסק כר' יוסי הגלילי דאיתא בסוטה דף מ"ד ע"א · ואין סתירה מהרמב"ם בפ' ד' מהלכות סוכה הלכה ו' כר"מ דסובר בסוכה דף כ"ג ע"א כר"ם · ישוב לזה שער המלך בפ' שמיני מהל' לולב הלכה א' · ובזה ניחא קושיות אחי הגאון הנ"ל · ונשאר לנו לישב קושיות התוס' ביומא שם · ומה שתירץ השאגת ארי' בס' ע' לפי דברי אינם יכולין לתרץ כן · אך יש ליישב קושיות התוס' הנ"ל לפי מאי דאיתא בזבחים דף ל"ב ע"ב לפ"ז ניחא קושיות הש"ך הנ"ל על הרמב"ם מהך דמנחות דר"י אזיל לשיטתו אבל הרמב"ם פוסק כרב אשי בשבת דף כ"ד וכן פסק הרמב"ם בפ' ג' מהלכות יו"ט הל' ח' כרב אשי מפני שהוא בתרא ומשום זה פסק אף דנקצר שלא כמצותו כשר בדיעבד :

אות ה

גם יבואר שלפי דברינו דעשה דבאש תשרפו מקרי עשה כדכתבו התוס' ביבמות דף ד' ד"ה כולה יתישב קושית התוס' מה שהקשו על רש"י בשבת דף כ"ה ד"ה סדין · ישוב לזה מתוס' יבמות דף ד' ומרמב"ם פ"ח מהל' סנהדרין ומפסחים דף פ"ה ומשנה למלך פ"י מהל' ביאת מקדש ה' כ"א · ומיבמות דף ע"ח ודף ו' שם ודפסחים דף כ"ה ומנחות דף נ"ב ופסחים דף פ"ד ותוס' שם דף פ"ה ומבכורות דף ל"ג ומבאורי הגר"א יו"ד ס' שי"ג וסנהדרין דף ס"ה ומנחות דף ע"ב וב"מ דף כ' ומתמורה דף ג' ומכות דף ט"ז ושבועות דף כ"א · תוס' מכתובות דף ל"ח ומרב החינוך הביא המשנה למלך פ"ד מהלכות מלוה ולוה ומכות דף י"ג ורמב"ם הנ"ל שכירות פי"ג · ישוב ע"ז מירושלמי פ"ח דכלאים וקדושין דף כ"ב וב"ב דף ע"ה ומכות דף ט"ז וב"ק דף ס"ז · בתוך הדברים האלה מיושב שיטת רש"י דסובר דלב"ש לא דחי עשה דציצית על לאו דשעטנז וגם יבואר דלאו שאין בו מעשה היו לוקין עליו איך הדין עם עשה מעשה בהיתר :

אות ו

גם יבואר תירץ על קושיות התוס' במכות דף ד' ע"ב ד"ה הא דלפי פירש הארוך סובר ד"ע דלאו שאין בו מעשה היו לוקין עליו · ישוב ע"ז מיבמות · ביאור הגמ' דמכות הנ"ל מיבמות דף ד' וממנחות ע"ב ומסנהדרין דף נ"א ומיבמות דף ס"ח ומשם דף ע"ב ושבת דף כ"ד · ישוב על הרמב"ם דפסק אף דנקצר שלא כמצותו כשר בדיעבד מהירושלמי דקדושין הלכה ז' ותוספות שבת דף כ' :

אות ז

גם יבואר שלפי דברינו יתישב קושית התוס' דשבת דף קנ"ד ע"א מה שהקשו על ר"י מב"ק דף ע"ר ע"ב דר"י אזיל לשיטתו כיון דסובר לאו שאין בו מעשה אף עשה מעשה אין לוקין עליו שלא ניתן אזהרתו למלקית · ובזה ניחא דברי הרמב"ם מהל' שבת פ' כ' הל' א' י"ב שכתב דגבי מחמר ליכא לאו ומגמרא מוכח דאיכא לאו ומעירובין דף י"ז וממנחות דף ע"ב שבת דף קל"ה וב"ק דף י"א וש"א דף נ"ב · תירוץ על קושית התוס' ורש"י מב"ק דף י"א הנ"ל ובכורות דף י"ב ודף מ"ט והרמב"ם פ' י"א מהל' בכורים ומיו"ד ס' ש"ה · ישוב על קושיית הש"ך ביו"ד ס' רמ"ב ותוס' יבמות דף ק"ט גם יבואר דקרקע בחזקת בעליו עומדת נקרא בהזקת המוחזק לא אזלינן בתר רובא · ישוב על קושית התוספות מבכורות דף כ' · קושיא על דברינו מנ"י ריש פרק הפרה ומפ' השואל · ישוב ע"ז מדברי מחנה אפרים הלכות שכירות סי' ה' ומבבא מציעא דף ק"ג :

מפתחות מכפתור שני

פרח א

א בו יבואר סוגיא דהבא במחתרת סנהדרין דף ע"ב ע"א וקושיא על הרמב"ם בפ"ט מה' גניבה הלכה י"ג אמאי לא הביא שם מימרא דרב שם ותירץ ע"ז ופי' בסוגיא הנ"ל דלא כפירש"י ובעל המאור וגם דלא כמלחמות :

ב סוגיא דב"ק י"א ע"א סוגיא דאין שמין לגנב ורש"י ותוס' שם :

ג קושיא על פירש התוס' הנ"ל מב"ק דצ"ד ע"א ותירץ על קושיא הנ"ל :

ד ירושלמי בבא קמא פרק א' :

ה בו יבואר דברי התוס' ב"מ דף מ"ג ע"ב ד"ה ור"ע :

ו בו יבואר סוגיא דב"ק דף צ"ד ע"א ודף ס"ו ע"א :

ז ישוב על דברי הרמב"ם פ"א מה' שאלה ופיקדון הל' ה' :

ח בו יבואר סוגיא דבבא קמא קי"ב ע"א והמ"ם על דברי הרמב"ם שם :

ט עוד דברי התוס' דב"ם ק"ג ע"א ד"ה פרדיסי גם יבואר דברי הגמ' דשם קט"ז :

י בו יבואר דברי התוס' ב"ק דף נ"ו ד"ה פשיטא גם ישוב על הרמב"ם מהלכות שאלה הלכה ז' :

יא גם ישוב על הרמב"ם פ"ר מהל' חמץ ומצה הל' ד' גם יבואר סוגיא דחולין ל"ט ע"ב וגם חידושי הרשב"א שם :

יב גם יבואר בו סוגיא דפסחים דף ה' ע"ב וגם הסוגיא דריש פרק המפקיד :

פרח ב

א בו יבואר ישוב על הרמב"ם פ"י מה' מעילה :

ב גם סוגיא דב"מ מ"ג ע"א ובתוס' שם :

ג גם חידושי הר"ן וגם דברי התוס' שם דב"מ ד"ה והוי שואל וגם בו יבואר ראי' להרמב"ם דמוכרח לפסוק כרבא דמתהרת :

ד וגם קושיא מקידושין דף מ"ז ע"ב על סוגיא דב"ם הנ"ל :

ה וגם שו"ת מחנה אפרים הל' שכירות פועלים ס"ג קושיא לדברינו מסוכה דף ל' ע"א וישוב על זה מהרא"ש פרק לולב הגזול סי' כ"ט ומדברי השו"ע באו"ח ס' תרנ"ח ס"ג :

פרח ג

א בו יבואר ישוב על הרמב"ם פ"ר מה' בכורים דלא תקשה עליו קושיות השאגת ארי' דפסק קנין פירות לא כקנין הגוף דמי וגם פסק דין ברירה האיך מביאין בכורים כדפריך בגמ' סוף פ' השולח :

ב גם דברי הרא"ש גיטין פ"ז סי' ט' ודברי השו"ע באה"ע סימן ל"ח סעיף ג' :

ג וגם סוגיא דכתובות דף נ"ט ע"א וסוגיא דנדרים דף פ"ו ע"א :

ד גם דברי הר"ן בנדרים דף ל' ע"א :

ה גם דברי התוס' כתובות דף נ"ו ע"א ד"ה הרי זו :

ו וגם תוס' גיטין דף מ' ע"ב ד"ה חיישינן :

ז וסוגיא דגמרא גיטין דף כ"ה ע"ב וברש"י ותוס' שם :

ח ומזה יש קושיא על סוגיא דב"ב ד' קל"ו ע"ב וישוב ע"ז מהסוגיא דשם ומדברי הנימוקי יוסף דר"פ השואל :

ט שיטה מקובצת ב"ב קל"ו :

י משנה למלך פרק י"א מהל' שמיטה ויובל הלכה א' :

יא ירושלמי ס"פ השולח :

יב גם סוגיא דב"ק דף ס"ח ע"א וברש"י ותוס' שם :

יג קושיא על דברינו מסוגיא דב"ב ד' קמ"ז ע"ב :

יד תוס' ע"ז :

טו פירש על דברי רש"י דב"ק דף ס"ח ע"א עוד סוגיא דב"ק דף ע"ח ע"ב :

טז גם סוגיא דגיטין ד' כ"ה ע"א :

יז קושיא על דברינו והרמב"ם דפ"א מה' גניבה · ישוב על זה מסוגיא דב"ק ד' קט"ו ע"א רמב"ם פרק ה' מהלכות גניבה ה"ג :

יח פני יהושע דב"ק דף קט"ו ע"א מסוגיא הנ"ל :

יט תוס' סוכה דף ל' ע"ב ד"ה בקרקע :

כ במלחמות פרק הגזול בתרא :

כא תשובות הבעל נודע ביהודא שהובא בקונטרס אחרון בב"ת חדשות ·

כב סוגיא דב"ק דף קי"א ע"ב :

כג בו יבואר טעם על דברי הרמב"ם על מה שפסק דבשינוי רשות ואח"כ יאוש מחויב הלוקח ליתן הדמים לבעלים מדברי המרדכי פרק הגזל בתרא ומסוגיא דב"ק דף קי"ב ומדברי רמ"א בחו"מ סימן שס"ג סעיף ה' :

כד קושיות הרשב"א שהובא בב"י בטור שו"ע חו"מ סימן שנ"ג קצות החושן סימן שס"ב :

כה דברי הרמב"ם בפ"ב מה' גניבה הל' י"א :

כו קושיא על הסוגיא בפ' השולח מתוס' ב"ק דף צ' ותוס' ב"ב ד' נ' ע"א :

כז) ר"נ בנדרים בריש פ' השותפין :
כח) יבמות דף נ"ו ע"א וסוגיא דב"ק דף נ"א ע"ב :
כט) עוד תירץ אחר על הרמב"ם הנ"ל בקושיות הבעל שאגת ארי' מסוגיא דטבל וחולין מעורבין זה בזה גיטין דף מ"ג ע"ב ובתוס' שם ד"ה טבל :
ל) משנה למלך פ"ב מה' שחיטה הלכה ג' :
לא) ותוס' מנחות ד' פ"א ע"א ד"ה למיתה :
לב) קידושין דף נ"ז ע"ב :
לג) ירושלמי פ"ג דערלה ירושלמי דפסחים רא"ש חולין פרק גיד הנשה סימן י"ז :
לד) קושיא על דברי הרא"ש על ירושלמי הנ"ל :
לה) רמב"ם פרק י"ז מהלכות מעשה הקרבנות :
לו) קושיא ממנחות דף נ"ו ישוב ע"ז מזבחים דף מ"ג ע"ב :

פרח ד

א) ביאור על דברי הרמב"ם פ"ד מה' אישות שפסק דהמקדש אשה שחציה שפחה וחציה בת חורין וקושיות כל המפרשים :
ב) ישוב על זה · ביאור הפלוגתא דרב יוסף ור' זירא בגיטין דף מ"ג ע"ב זבחים דף ק"י :
ג) סוגיא דקדושין דף ז' ירושלמי גיטין פ"ד הלכה ה' :

אות ב

א) בו יבואר ישוב על הרמב"ם מפ"ג מ"ה אישות · קושיות מהרי"ט שפסק דאם קידש ב' חציך בפרוטה מדברי התוס' בקדושין דף ז' :
ב) ישוב על קושיות התוס' הנ"ל מסוגיא דתמורה דף י"א ע"ב :
ג) ישוב עוד על הרמב"ם הנ"ל :
ד) טעם חדש למה פשטה הקדושין בבולה מכתובות דף י"א ע"א וגיטין דף מ"ג ע"א וקדושין דף ס' ע"א :
ה) גיטין דף פ"ב ע"ב מסוגיא דתמורה דף י"א ע"א מנחות דף פ"א ע"ב :
ו) ר' מאיר ור' יהודא דתמורה אזלי לשיטתם דפסחים דף כ"א ע"ב :
ז) יומא דף נ"ב ותוס' שם חגיגה דף ו' רמב"ם פרק ט"ז מהלכות מעשה הקרבנות :
ח) וגם ר' אסי דתמורה הנ"ל אזיל לשיטתו מעכו"ם כ"ו ע"א בברייתא כותי לא ימול :
ט) קושיא על הגמרא דע"ז שם · ישוב ע"ז מפסחים דף קי"ד ע"ב דר"י סובר מצות צריכות כוונה :
י) קושיא על סוגיא דגמרא סוכה דף מ"א · ישוב על זה :
יא) קושיא על מסכת עכו"ם הנ"ל מזבחים דף ד' · ישוב ע"ז מירושלמי פרק לולב הגזול :
יב) בו יבואר פירוש נחמד על סוגיא דברכות דף י"ג ובזה מיושב כמה קושיות :
יג) ראיה לדברי התוס' ברכות בסוגיא דפתח בדחמרא וסיים בדשיכרא מזבחים דף ג' :
יד) תירץ אחר על קושיות התוס' דבכורות הנ"ל מזבחים ד' מ"ו :
טו) תוס' סוכה דף ל"ט טורי אבן בר"ה דף כ"ח ראיה לדברי הטורי אבן הנ"ל מיבמות ד' ל"ט ומירושלמי ריש יבמות :
טז) גם יבואר הטעם דר' אסי סובר דמצות צריכות כוונה · ומנין לו זאת מן התורה :
יז) קושיא על ר' שמעון דתמורה הנ"ל מזבחים דף כ"ד ותוס' ב"מ דף ס"א ותוס' פסחים דף כ"א ישוב ע"ז :

אות ג

יח) תירץ על קושיות התוס' דקדושין דף ז' דרבא אזיל לשיטתו בנדרים דף ס"ט :
יט) ובו יבואר תירץ על דברי הרמב"ם פרק י"ג מהל' נדרים מה שהקשו כולם עליו ובו יבואר פירוש אחר נחמד על הסוגיא דנדרים הנ"ל נדרים דף פ"ו ע"א :

דינים העולים מפרח הזה

א) אפילו להפוסקים כר' יוסי דמצות צריכות כוונה לא בעינן שיהיה מכוון דוקא לעושה המצוה הזאת לשם מצוה אלא מכוון סתם שעושה המצוה אפילו כוונתו לשם מצוה אחרת יצא :
ב) להפוסקים דסוברים דמצות אין צריכות כוונה אפילו אם מכוון שלא לצאת ג"כ יוצא ולדעתו יברך כדעת הפני יהושע שיזכור את השם בלשון תרגום אם נטל אדעת שלא לצאת :
ג) אף להפוסקים דסוברים דמצות אין צריכות כוונה מ"מ אם בירך כמתעסק לא יצא והדין מתעסק עיין בפנים :

פרח ה

א) ישוב על הרמב"ם דפ' ד' מהל' אישות הל' מ"ז דפסק אם קידש חציה שפחה וחציה בת חורין ונשתחררה אח"כ גמרה קידושיה בב"ב דף קמ"ג ובהו"מ סימן ר"ס"ג :
ב) גם יבואר שמה שאמרינן דבראורייתא אין ברירה הוא רק מצד הספק מרמב"ם בפ' ג' מהל' גירושין מרב המגיד שם משאגת ארי' בס' צ"ג · בגיטין דף מ"ג בבכורות דף מ"ט מסמ"ע סימן כ"ג מיבמות דף ס"ב מתוס' כתובות דף נ"ח בתוס' קידושין דף ס"ג מרמב"ם פרק ח' מהלכות גירושין מר"ן פרק האומר · מראה פנים בפרק ג' דקדושין בהל' א' מפרק שלישי דנדרים דף כ"ט :
ג) גם רבא אזיל לשיטתו לפי מאי דסובר בגיטין דפ"ג :
ד) גם יבואר קושיות ופרוקים על הסוגיא דגיטין דף מ"ג :

פרח ו

א) בו יבואר ישוב על הרמב"ם בפרק שביעי מהל' אישות דפסק דהאומר לאשה הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר שלשים יום ובא אחר וקדשה בתוך ל' יום וכו' מה שהקשה עליו הר"ן ז"ל ריש פרק האומר בגיטין ד' כ"ה ובבכורות דף נ"ו ובביצה דף ל"ו מערובה דף ס"ט מים של שלמה פרק הפרה ריטב"א בקידושין דף ס' · ספ"ק דגיטין מר"ן שם · מעירובין דף פ"ב הריטב"א שם :

אות ב

א) קושיא לפי דברינו באות א' דר' יוחנן סובר דגם בקידושין אם עומד להתברר יש ברירה מגיטין דף כ"ד מבכורות דף מ"ח בירושלמי קדושין ריש פ' האומר רש"י בגיטין ריש פרק המגרש מיבמות דף ל"א רשב"א פ' המגרש כריתות ד' י"א :
ב) גם יבואר דחד עשה דחי תרי לאווין מתוס' יבמות דף ג' ומתוס' נזיר דף מ"א ובגמרא שם דף מ"ח :
ג) גם יבואר דעשה דוחה לא תעשה אף היכא שאינה בדבר אחד כטורי אבן ר"ה דף כ"ח :
ד) תירץ על קושיא השניה של הרטב"א שם מירושלמי דפ' האומר דעשה של יבום דוחה אף היכא שאינה זקוקה לו רק החציה של יבמה :
ה) בכתובות דף מ"ו ובדף ע"ר תשובת הרשב"א סימן תש"ז והביא הבית שמואל בסימן מ' · הריטב"א שם עירובין דף י"ג קושיות ופרוקים בסוגיא שם מב"ב דף קמ"ו ר"ן ריש פרק כל הגט ובא"ע ס' קל"א :
ו) גם יבואר היכא שספק בחכמי התלמוד אינה נחשב לספק מחולין דף ע"ם פ"ם סימן ק"י :
ז) גם הובא גמרא דגיטין דף פ"ב וביבמות דף נ"ב ודף צ"ד :

פרח ז

א) בו יבואר עוד תירץ על הרמב"ם שנזכר בריש פרח הקודם מריטב"א ומרשב"א סימן תל"ז מתוס' גיטין דף כ"ה תוס' עירובין דף ל"ו · ריש זבחים · קושיות ופירוקים בגמרא בתוס' שם מסוטה דף ז' בית שמואל בא"ע סימן קי"ז בפסחים ד' י"א הצל"ח בריש פסחים ביבמות דף קי"ט ודף פ"ב בתוך הדברים האלה יבואר מעניני ברירה :
ב) תירץ על קושיות הגאון רע"א בכתובות דף ז' :
ג) קושיא על תוס' סנהדרין שהביא הגאון הנ"ל מכתובות דף ס"ד פני יהושע בגיטין דף כ"ה :

אות ב

ד) ביאור הגמרא דעירובין דף פ"ב מה שצריכין להבין שם מחולין דף י"ד :
ה) תירץ על הרמב"ם מה שהשמיט בעיא דר' הושיעא בגיטין דף כ"ה :
ו) בתוך הדברים האלה בארתי דברי הר"ן בריש פרק כל הגט בקושיא עצומה עליו מגאון אחר :
ז) הובא דברי שער המלך בפרק ח' מהלכות עירובין :
ח) תירוץ אחר על קושיות התוס' בגיטין ד' כ"ה מהרא"ש בפרק שביעי ממסכת דמאי דבעי שיהיה מסוים בעת שהפריש התרומה בירושלמי ריש פרק שביעי דדמאי הרשב"א בחידושיו לחולין ד' י"ד :
ט) בו יבואר הסוגיא דגיטין דף כ"ה גם באלה הדברים יבואר מעניני ברירה :

פרח ח

א) בו יבואר ישוב על הרמב"ם בפרק שביעי מהל' נדרים הל' א'

א׳ שהקשה עליו הר״ן בנדרים דף מ״ח דהרמב״ם מוכח שסברא לבי תרי שהרי פסק כר׳ אליעזר בן יעקב דשותפין שנדרו מותרין לכנוס בחצר וגם פסק כסתם מתניתין דאסורין בדברים של אותו העיר :

ב) בתוך הדברים יבואר ישוב על קושיות הר״ן בנדרים בפרק השותפין בב״ק דף ק״ב בחו״מ סימן קפ״ב :

אות ב

ג) בו יבואר קושיות ופירוקים על מגילה דף ח׳ מגיטין דף ל׳ מנחות דף ס׳ עירובין דף ע״ט ובנדרים דף ל״ט ודף מ״ב בב״ב דף נ״ז בתוס׳ שבת דף קכ״ד הרשב״א בחידושיו במגילה דף ז׳ ובטורי אבן שם ברש״ל פרק הפרה בדיני ברירה ובש״ך ביו״ד ס׳ רכ״ו השיטה מקובצת בב״ב דף נ״ז בנדרים דף י״ד ובב״ב דף מ״ב בחו״מ ס׳ ע״ג בט״ז שם ובקצות החושן שם בשבת קמ״ט ומתוס׳ שם דף קכ״ב :

אות ג

ד) בו יבואר דרבא סובר דבתולה בדעת אחרים לא אמרינן ברירה ומוכח זאת מסוטה דף י״ח וד׳ כ׳ ומרמב״ם פ׳ ו׳ מהל׳ פסולי המוקדשין ומרש״י ר״פ התערובות (גם אינו מובן דברי התוספות בסוטה דף כ״א) : מגיטין דף כ״ה ובגמר התירוץ מבואר ישוב על הרמב״ם בפרק שביעי מהל׳ אישות שפסק דספק מקודשת אף לראשון אם קידשה לאחר ל׳ יום ובא אחר וכו׳ ולא כר׳ יוחנן דאמר אף קידושי מאה תיפסין בה בתוך הדברים יבואר מעניני ברירה :

פרח ט

א) בו יבואר שאינה נכון הישוב מה שישבתי דברי הרמב״ם פ׳ רביעי מהל׳ אישות הלכה ט״ז :

ב) בתוך הדברים יבואר סברות נכונות וברורות בדיני ברירה :

אות ב

ג) בו יבואר ישוב אחר על דברי הרמב״ם הנ״ל מחולין דף ל״ט שיש ספק אם אמרינן הוכיח סופו על תחילתו מכתובות דף י״א ור״ן שם בקירושין דף ע״ט ומדברי רבינו ירוחם הובא בט״ז ביו״ד ס׳ ד׳ ומש״ך שם ומביאורי הגאון רע״א שם קושיא עליו משבת דף ק״ה ישוב ע״ז :

ד) בתוך הדברים מוזכר דברי הש״ך ביו״ד ס׳ פ״א אינו מובן מט״ז ס׳ א׳ ישוב ע״ז :

אות ג

ה) בו יבואר קושיא על גמרא דגיטין דף מ״ג מסוטה דף כ״ט ישוב על׳ זה מריש נדה · שילטי הגבורים ריש הילין ביאורי הגאון ר׳ עקיבא א׳ ליורה דעה בס׳ י״ב התבואות שור ס״ד :

ו) מתוך הדברים בענין מחזיקין מאיסור לאיסור :

ז) ישוב על דברי הרמב״ם דפסק ספיקא דאורייתא מן התורה מותר רק דרבנן החמירו · גם יבואר עוד ארבע קושיות מענינים שונים · בתוך הדברים יבואר תירץ על דברי הרמב״ם שחביא הטור בריש הל׳ טריפות :

ח) גם יבואר הטעם למה חוששין לספק דרוסה ובספק אם לא על מתירין מדברי הש״ך מס׳ ק״י :

ט) גם מחודש הטעם דאמרינן דהיכא די״ל ס״ס מותר לדברי הרמב״ם הנ״ל :

אות ד

י) ישוב הקושיות ממשנה למלך על הרמב״ם בפרק שלישי מהל׳ מעשה הקרבנות מחולין דף ל״ט ומסנהדרין דף ס״א ומחולין דף מ׳ :

יא) בתוך הדברים יבואר ישוב על דברי הרמב״ם דפרק שני מהלכות שחיטה:

אות ה

יב) ישוב על דברי הרמב״ם שהקשו שסותרים דבריו שבפ׳ ה׳ מהל׳ תרומות הלכה כ״ד נראה שפוסק כר׳ שמעון דתרתי לריעותא הוי רק ספק וגבי מקוה פסק כרבנן דהוי וודאי והגמרא בריש נדה מרמה חביות למקוה׳ ישוב ע״ז מהרשב״א בחידושיו שם שספק התלוי במקרה הוא וכעין זה כתב הש״ך בחו״מ סימן ס״ו ס״ק ק״ז בשם הראשונים אבל רבא דסובר בחולין שם דספק טומאה ברשות הרבים דטהור מסוטה יליף לה לא קשה כלל חביות אמקוה לפי מה שכתב התוס׳ בחולין דף פ״ו ע״ב ד״ה סמוך ועוד ראיה ברורה שלא אזלא הסוגיא דריש נדה אליבא דרבא מפסחים דף ט׳ ע״א דשם משני הגמרא אליבא דרבא דליכא חזקת טבל אימר דעביד ליה כר׳ אושעיא יעיין בתוס׳ שם בד״ה כדי · ובתוספות בכורות דף כ׳ ע״א ד״ה ואי בעית אימא וכ״ת כיון דהסוגיא דריש נדה איתא אליביה דאביי מסתמא הלכתא כוותיה ומה שלא חשב ביע״ל קגם עיין בפנים ישוב לזה דמצינו סוגיא אחרת בסוטה דף כ״ט ע״א דאזלא אליבא דרבא :

יג גם יבואר שיש פלוגתא בין אמוראים הא דאמרינן דבר שיש בו דעת לשאול ספיקו טמא אי ילפינן זאת מהקרא והבשר כל טהור או מסוטה דהקרא כל טהור אינה מיותר כדפירש״י בתומש ונובע זאת מתורת כהנים פרשה צו ועיין בסוכה דף כ״ח ורב גידל אמר יליף זאת ממשמעותיה דקרא אף דגבי ממזר בקידושין דף ע״ג ע״א בעינן קרא מיותר לכהאי גוונא אך מצינו בבבא מציעא דף ז׳ ע״א דלא מצריכין קרא מיותר לכהאי גוונא ואין לרמות דרשות הכמים זו לזו כמו שכתב התוס׳ בחולין דף פ״ה ע״א ד״ה ור׳ יהודא ומזה אין אנו מבינים דברי הט״ז באו״ח בהל׳ לולב סימן תרמ״ט ס״ק ג׳ :

פרח י

א סברא נכונה להכשיר אתרוגים המורכבים בסוכה דף ל״ה ומעין סברא זו נזכרת בט״ז באו״ה בסימן תרמ״ט בסעיף קטן ג׳ · פילפול בדברי מהר״ם אלשיך בתשובה סימן ק״י הקירה אם יניקת אילנות שוין או אינו · ויונקים בטעמא פירותיהם בבא קמא דף צ״ב ע״א:

ב) סתירה לזה מיו״ד סימן רצ״ה סעיף ה׳ ובביאור הגר״א :

ג) גם יש קצת ראיה משבת דף פ״ה ע״א · אך יש ראיה נכונה מסוטה דף מ״ג ע״ב דאין יונקותיהם שוין לפ״ז קשיא לן מיורה דעה סימן ק״ט סעיף א׳ אמאי אינו חייב בערלה כשירכיב ילדה בזקינה כמבואר בסוטה שם ובפרק קמא דר״ה ואין לתרץ דזה מיירי דוקא כשהרכיב מין במינו זה אינו דהא מבואר בירושלמי בפרק קמא דערלה דגם בשאינו מינו הדין כן׳ וגם אין לתרץ דהא מבואר שהר״ן סובר בפרק קמא דסוכה דניכר האיסור בטל ומכל שאר פוסקים המוזכרים בט״ז ובאו״ח בסימן תרכ״ו ס״ק ב׳ ומתוס׳ יבמות דף פ״ב ע״א ד״ה רבי יהודא אין ראיה וגם מירושלמי דתרומות ס״פ המישי אין ראיה משני טעמים הדא לפי דברי רש״י בעירובין דף ד׳ ע״ב נראה לדברי מנדרים דף נ״ז׳ שנית לפי דברי התוספות ביבמות דף פ״ב ע״ב ד״ה נתן סאה וכו׳ דמיירי במי פירות והיכא דניכר בטעמא פוסל את המקוה :

ד) ישוב לדברי שלא תקשה מזבחים דף ע״ט ע״א ואל תתמה על זה עיין בתשובת הרשב״א בסימן רנ״ט הביאו הבעל נודע ביהודא · אך לפי האמת נראה לי דאם ניכר האיסור אינו בטל עיין בט״ז ביורה דעה סימן ק״ד ס״ק א׳ ביאור בדברי הט״ז באורח חיים תרכ״ו הנ״ל מגן אברהם שם וראיה לזה דאינו בטל מנדרים דף נ״ז ע״ב ואפילו לדעת הראב״ד הובא בר״ן בע״א פרק השוכר את הפועל דאינו חוזר וניער ולא קשה עליו מהך דנדרים דס״ל כסברת ר״ת שכתבו התוס׳ בשמו בבבא קמא דף קע״ב דברך גידולה אינו בטל ומ״מ מודה הראב״ד דאם יכול להכיר את האיסור דאינו בטל דהכא לא שייך לומר דנעשה היתר :

ה) גם יבואר בו פירוש אחר על סוגיא דנדרים שם דלפי זה קשה למה אמרו דילדה שסיבכה בזקינה בטילה הא הוה כהוכר האיסור :

ו) תירץ ע״ז הקושיא דהא הוה כהוכר האיסור מע״א דף מ״ח ע״ב אפילו לפי שיטת התוס׳ דשם הוה ג״כ מטעם זה וזה גורם לפ״ז יוצאים באתרוגים המורכבים כיון שנגדל האתרוג הוכר שאב יניקתו ואינו פוסלו מחמת זה וזה גורם

ז) נראה לזה מתוס׳ תולין דף נ״ח ע״א דבדבר ששני מיני היתר הם לא אמרינן זה וזה גורם ומותר ועיין בתוס׳ בסנהדרין דף פ׳ ואם תרצו לומר כיון דמספקא לן אם תוששין לזרע אב אי לא כמבואר ביורה דעה סימן ט״ו מ״מ יש לומר דהוה ספק ספיקא לפי מה שכתב הפרי מגדים סימן ק״י בשפתי דעת ס״ק ל״ו באות ד׳ דעבדינן ס״ס מה שנשאר הש״ס בתיקו וכ״ת האיך נוכל לומר דסבירא להתוספות דמטעם זה וזה גורם הוא מותר הא גם בשהרכיב בשאינו מינו ג״כ הדין כן זה אינו דזה לא מקרי שני מינים כמבואר בתוס׳ בחולין דף ל״ח :

ח) ראיה לזה דהתוס׳ ס״ל שם כן מנדרים דף נ״ז ע״ב בתוס׳ ד״ה העלה בידו בצל גם בפסחים דף כ״ו ע״ב מהתורת חיים על הסוגיא דחולין דף ס״ט ע״א׳ שנית דקי״ל דזוז״ג גורם מותר אפילו בשני מינים כדפסק הרמב״ם בהלכות נטע רבעי בסוף פרק עשירי ובהלכות ע״א פרק שביעי הל׳ י״ד והטור ביו״ד סימן קמ״ב ובשולחן ערוך שם :

עוד

ט) עוד טעם להתיר אתרוגים המורכבים אך מקודם נבאר באתרוג שנתגדל באויר אם יוצא אם לא וראיה דאינו יוצא מעירובין דף כ"ח ע"ב דעל הזית מברכין בורא פרי האדמה משום דמארעא קא רבי אבל בלאו הכי לא ובאתרוג כתיב פרי עץ הדר וכן מבואר בירושלמי פק"ס דערלה שאין יוצא באתרוג אם לא נקרא פירי וגם לא נוכל לפסול אתרוגים המורכבים מטעם חסר דלא בטל מיעוט הלימא"ן מה שיש באתרוג כיון דהיתר בהיתר הוא והתמים דעים סובר דאם אין איסורין מבטלין זא"ז היב"ה ג"כ לא בטל והרמב"ם פוסק בפרק י"ח מהלכות פסולי המוקדשין הלכה כ' דאיסורין לא מבטלין זה את זה אך בטור יו"ד סימן צ"ח לכאורה לא פסקו כרמב"ם והכרתי ופליתי בשם אחרונים סימן צ"ח אות י"ב והדגול מרבבה הקשו למה לא זכרו את הרמב"ם שהוא חולק ע"ז :

א) תירץ ע"ז לפי מה שמבואר ביו"ד סימן ק"ט גבי מו"ם אם אינו נרגש בטעמו בטלה ברוב לפ"ז ניחא דבטל ברוב ההיתר כשלא נרגש בטעמו ·

ב) סברא נכונה שאף אם אין איסורין מבטלין זא"ז דוקא של איסור אבל טעמא מבטל :

ג) ישוב על דברי הרא"ש שלא יוקשו עליו מזבחים דף ע"ט ע"א שנית דבירושלמי איתא במקום ר"א רבי יוחנן האיך פוסק הרא"ש דאיסורין מבטלין זא"ז כריש לקיש וגם קשה האיך פסק רבי יוחנן דלא כסתם מתניתין · ישוב ע"ז כיון דמצד הדין תורה בטלה בהיתר ברובה אך מדרבנן בעי שיעור כדאיתא בגיטין דף נ"ד ע"ב ובירושלמי פרק שני דערלה דף ה' ורמב"ם שם פ' ט"ו ואיסורין דרבנן מבטלין זא"ז כל שכן דמבטלין טעם לפי שיטת רש"י ד"ה בששים היכא דבדקינן ובתוס' ד"ה כל בחולין דף כ"ח ע"א ואף הרמב"ם סובר כהרא"ש בזה אך המה מחולקים שלדעת הרמב"ם בעינן שכבר נתבטל עיין ברמב"ם פרק ששה עשר הל' י"ח וי"ט בהלכות מ"א וטעם הרמב"ם משום דערלה וכל"ה מצטרפין זע"ז וכדפסק הרמב"ם פרק ט"ו הלכה י"ד בהלכות מ"א ואף דמבואר בשבת דף ע"ו ע"א היכא דלא שוי בשעורייהו לא מצרפינן :

ד) ישוב ע"ז מפי' המשניות להרמב"ם פרק כ"ז מסכת כלים :

ה) ישוב על הקושיא השני של הרא"ש בפי' משניות פרק שני דערלה על הרמב"ם דבתרומה לא בעינן שיתבטל מקודם כיון דבתרומה אפשר לשאלה ואף שתרומה ביד כהן לא מצי לאתשולי כדאיתא בנדרים דף נ"ט ע"א יכול להיות דהרמב"ם סובר כרבי אליעזר ממיץ סובר הרא"ש שם · שנית דתרומה מיקרי דבר הנדר עיין ברמב"ם פרק ראשון מהל' נדרים הל' י"א וגם ברא"ש בנדרים דף י"ב ע"א ד"ה כחלת אהרן ובתוס' שם באותו ד"ה לכן מבטל · ואף שנוכל ליישב מה שלא פסק רבי יוחנן כסתם משנה משום דלא פסיק כסתם יחידאה כדאיתא בבא קמא דף ע' ע"א אך המעיין בתוס' שם יראה דלא נוכל לומר כן ובהכי ניחא דלא קשה קושית בית הילל ביו"ד סימן צ"ח סק"ד והובא בהק יעקב בסימן תע"ה סעיף א' אות י' כיון דמספקא לן אם כצות מבטלין זא"ז למה פסק ביו"ד סימן צ"ח דכזית דם מבטל את הכזית חלב וכ"ת דביו"ט הוא בטל מיעוט דלימא"ן ראיה לזה בשבת דף ס"ה ע"ב זה אינו דלא מצינו ביטול הזמן על פרט א' דבודאי אסור להרכיב אף ביו"ט דמין בשאינו מינו הוא כיון שמשונים בטעמם כדאיתא בירושלמי פרק קמא דכלאים ועיין ברמב"ם פרק שלישי מהל' כלאים הל' ז' :

ו) אך יש ראיה להביא דהיתר בהיתר בטל מצמר גמלים שטרפן עם צמר רחלים כדאיתא במשנה פרק תשעי דכלאים וכן פסקו בטור יו"ד ובשו"ע סימן רצ"ט :

ז) לכאורה יש לדחות זה מבכורות דף י"ז ע"א אך זה אינו מדכתב הרמב"ם פרק עשירי דכלאים :

ח) אך יש לדחות באופן אחר דלכאורה קשה על הרמב"ם כמה קושיות :

ט) תירץ ע"ז כיון שקדשן הוה כמאן דליתא מחמת עוצם מיעוט ולא מטעם ביטול ברוב לכן אין ראיה דהב"ה בטל :

י) וכעין סברא זו מצאתי בנודע ביהודא חלק יורה דעה סימן קפ"ו :

א) אך יש ראיה דהב"ה בטל מתוס' ע"א דף ס"ו ע"ב ד"ה כדאורייתא וכן כתב הפרי חדש בהלכות פסח סימן תמ"ז אות ד' וכן לכאורה דעת הגאון רבינו עקיבא איגר בתשובותיו סימן ל"ה וכן סובר השיבולי לקט והביאו הב"י באו"ח סימן שי"ה וכן דעת המרדכי בפרק כל שעה וכן דעת הראב"ד והאגודה והלבוש ובב"ח והביאם הט"ז באו"ח סימן תרכ"ו ס"ק ב' וכן הוא דעת רמ"א באו"ח סימן שי"ח סעיף ט' ובמ"א שם ובט"ז שם וכן דעת הפרי מגדים בפתיחה להלכות תערובות חלק שני פ"א וכן לדעת הש"ך בסימן צ"ט ביורה דעה סעיף קטן כ"ב ועל סברת האגודת אזוב יש לפקפק ומה שכתב שם דלא בטל דהוה איסור הניכר · קושיא על זה · וכי תימא דבעינן שיהא ניכר לכל העולם זה אינו · ראיה לזה מתוס' זבחים ד' ע"א ע"ב ד"ה בדם הבהמה · פירוש על דברי התוס' דשם מסוגיא דבכורות ד' כ"ג ע"א אך מדאורייתא בודאי בטל כמבואר ביו"ד סימן ק"ט ט"ז שם ס"ק א' דמה שמבואר בבכורות שם דמטמא במשא הוא רק מדרבנן כמבואר בתוס' שם ולא קשה על זה מזבחים ד' מ"ג ע"ב דיש סברא נכונה לתרץ וכן כתב הרמב"ם בהלכות תרומות פרק י"ר הלכה י"ד · וכ"ת כיון דכל הפחות מדרבנן לא בטל כיון דתרומה מצוה הוא כדאיתא בפסחים דף ס"ט ע"א ובגיטין ד' י"ב ע"ב בתוס' ד"ה הושבתנו לכן בטל אף מדרבנן :

ב) סתירה לפשט התוס' הראשון מהרשב"א פרק גיד הנשה על הסוגיא דזרוע בשלה :

ג) פירוש אחר על דברי התוס' מבבא בתרא ד' פ' ע"ב דמקדיש להו ומפסחים ד' כ"ב ע"א :

ד) גם יש ראיה דלא בעינן שיהא ניכר האיסור לכל העולם ואז לא בטל מתוס' מכות ד' ד' ע"א · ומה שטען עוד אגודת אזוב דאינו בטל כמש"כ הרשב"א והביאו הב"י ביו"ד סימן קל"ד והמ"א סימן תמ"ב שדרך לעשות כך דאינו בטל :

ה) סתירה לזה מרא"ש פרק קמא דקדושין סימן ס"ב ומתוס' קדושין ד' ל"ו ע"א בד"ה כל מצוה אלא ודאי דמדאורייתא בטל ובמקום מצוה לא גזרו בי' רבנן :

ו) וגם יבואר אם יש שלש ספיקות מברכין עליהן אף לדעת הפרי מגדים דס"ל דעל ס"ס לא מברכינן עיין בפרי מגדים לאורח חיים בפתיחה להלכות ברכות במשבצות אות ד' :

ז) ראיה לזה בר"ן פרק א' י"ב הובא ביו"ד סימן ט"ז סעיף ז' דעל הריבוי ודאי מברכינן אף שיש מיעוט המצוי כנגדו כמבואר בתוס' יבמות ד' ל"ו ע"ב ד"ה לשעה · ושלש ספיקות עדיף מרובא ומה שכתוב האגודת אזוב לפי דעת המרדכי סוף חולין דדבר שבא לעולם ע"י תערובות לא בטל הביאו הפ"ם ביו"ד סימן י"ר לפי דעתי הכא בטל :

ח) ראיה לזה מגיטין ד' כ"ב ע"א :

ט) שנית לפי מה שמבואר בשו"ע יו"ד סימן צ"ח סעיף ב' ואף לדעת הש"ך שם אמרינן הכא סלק וכו' :

י) ראיה לזה מזבחים ד' ע"ט ע"א וברש"י שם :

א) גם יבואר שדעת הפי' משניות להרמב"ם פ"ק דערלה משנה ה' סובר ג"כ כדעת רש"י דילדה שסבכה בזקנה הוא מטעם זו"ז גורם ומה שטען האגודת אזוב מי חכם ויודע מעצמו שיש חילוק בהרכבה בנפסק הענף או לא לפי דעתי הוא משנה בכלאים בפ"ז וכן פסקינן ביו"ד סימן רצ"ה סעיף ד' · תירץ הקושיא מהר"ם אלשיך מפני מה לא משני הגמ' בסוטה דף מ"ג על הברכה :

ב) בתוך זאת יבואר למה כתב התורה ולא היללו הא ידעינן זאת מבית שאם גזל אינו חוזר :

ג) תירץ לזה דהוה אמינא כיון דפירות מותרין כמבואר ביו"ד ס"ס רצ"ה ולא קשה ע"ז מחולין ד' קט"ו ע"א והאי קרא נכתב גבי הרכבה כדאיתא בקידושין ד' ל"ט ע"א וכי תימא דעדיפא משני בחולין שם זה אינו דמצרכינן הגז"ש לכמה מילי כדאיתא בקידושין שם ובפרט לפי דעת הר"ש מקונין הוא בנודע ביהודא מהדורא תנינא חלק יו"ד סימן קצ"ה שיש מאן דאמר דיש ג"ש למחצה :

ד) תירץ לזה לפי מה דאיתא בירושלמי פרק קמא דערלה מה שטען עוד אגודת אזוב שדעת המ"א לפסול אתרוגים המורכבים מטעם דבריה הוא כמבואר במ"א ס"ס תרמ"ח :

ה) סתירה לזה מחולין ד' ע"ט ע"ב :

ו) וגם יש ראיה דלא מקרי בריה ממרובה ד' ע"ח ועיד מבכורות ד' ו' ע"ב :

ז) בו יבואר שצריכין להבין דברי הט"ז באו"ח סימן תרמ"ט ס"ק ב' :

ח) גם מבואר בסנהדרין ד' ס' ע"א שהרכבה אסור אף לי"נ :

ט) גם יבואר הא דאיתא בע"א ד' מ"ז ע"א דהמשתחוה לבהמה צמרה פסול לציצית הוא רק לכתחילה אף דאיתא לשון פוסל כי האי גוונא כתב התוס' בריש פרק השוחט וכן כתב הרא"ש שם וכן משמע לשון הרמב"ם פרק ראשון מהל' ציצית וכן לשון הטור מהלכות ציצית סימן י"א :

י) גם צריכין להבין דברי הט"ז מבבא קמא ד' ס"ה ע"ב :

א) ראיה מתמורה ד' כ"ח ע"א דאין לפסול אתרוגים המורכבים מטעם שנאבדה בה עבירה ואין לפוסלן משום שהיה יצירתן בעבירה סברא נכונה הוא זה דאין לפוסלו :

ב) וגם יש ראיה מקידושין ד' ע"ז ע"א ישוב מהגמ' בבא קמא ד' א' עיין שם ומזבחים דף ס"ט ע"א ושם דף ט' ע"א ומבכורות דף ל"ב ע"א :

וגם

ג) וגם יבואר דפטר חמור יש בה קדושה ומבכורות דף ה' ע"ב שם דף י"ב ע"א :

ד) גם ראיה מבבא קמא דף ע"ה ומחולין דף קט"ו ע"א :

ה) גם יש ראיה מבכורות דף י"ב פטר חמור יש בה משום קדושה דהקדושת דמים איתא בבכורות והקדש דמים מצינו, בבכורות דף י"ד ע"א דאינו אסור בהנאה אלא מדרבנן תוס' קדושין דף נ"ז ע"ב ד"ה כפרה ותוס' ע"ז דף כ"ט ע"ב ד"ה כפרה :

ו) ישוב על קושית התוספות מכתובות דף צ"ז ע"ב ד"ה בתולה ומירושלמי סוף פרק אלו נערות הל' ס' :

ז) בו יבואר סתירה לדברי בנו של הגאון נודע ביהודא במהדורא תנינא חלק יו"ד סימן קצ"ה מבכורות (דף נ"ז ע"א) :

ח) ישוב על הקושיא שהקשו על אסיפת זקנים והביאו הכו"פ בסימן קי"ד מקדושין דף ע"ג ע"א תירץ נכון לזה :

ט) בעת יבואר גמר תירוץ על הרמב"ם פרק יו"ד מהלכות מקואות שלכאורה סותר את דבריו בפרק ה' מהל' תרומות הל' כ"ד :

י) גמר תירץ על הרמב"ם מיבמות דף נ"ג ע"ב ודף נ"ד ע"א ומנדה דף י"ח ע"א :

א) בו יבואר קושיות ותירוצים על סוגיא דסוטה ד' כ"ו ע"א בחולין ד' ט' ע"ב והסוגיא דריש נדה :

ב) גם יבואר הסוגיא דריש נדה שם לא אזיל אליביה דר' יהושע בן לוי בב"ב ד' צ"ו ע"א אלא אליביה דר' יוחנן :

ג) בו יבואר דברי הב"י בחו"מ סימן ר"ל :

ד) גם יבואר שהחזקה העשויה להשתנות לאו שמה חזקה בתוס' כתובות ד' כ' ע"א ד"ה אוקמי ממונא ותוס' קדושין ד' ע"ט ע"ב תוס' ד"ה אלא תשובת מהרי"ט :

ה) בו יבואר דחזקת טבל לא הוה חזקה דיש חזקה אחרת כנגדה לפי דברי התוס' חולין ד' י"א ע"א ד"ה לרבי מאיר .

ו) בו יבואר שאם יש חזקה אם מיעוט שאינו מצוי הוה לכה"פ מיעוט המצוי :

ז) בו יבואר דברי הט"ז באו"ח סימן תס"ז ס"ק י"ד תירץ על קושיות בעל מקור חיים בסימן הנ"ל :

ח) בו יבואר הסוגיא דריש נדה לפי דעת הרמב"ם פרק י"ז מהלכות מכירה והביאו הב"י בחו"מ סימן ר"ל וע"א ד' ס"ו ע"ב וגם יתורץ הקושיא שיש על סוגיא דפסחים ד' ט' ע"א ממנחות ד' ס"ז ע"א :

ט) גם בברכות ד' ל"ה ע"ב מהרמב"ם בפ"ד מהל' תרומות הל' ט"ו ממנחות ד' ס"א ע"א ומתוס' בכורות ד' כ' ד"ה ואי בעית אימא רמב"ם פרק ג' מהל' מעשר הל' ו' :

י) תורוץ על זה מיבמות (דף ל"ט ע"א) וזה יש קושיא על התוס' בכורות (דף כ' ע"ב) ד"ה הלב פוטר ועל הרא"ש פ"ק דחולין מתוס' יבמות ד' ל"ו ע"ב ד"ה היא לא נדה ד' י"ח ע"א :

א) תירץ ע"ז מדברי הרא"ה בבדק הבית וזה יהיה ניחא קושיות הראש יוסף אבאי דאמרינן רוב מצוין אצל שחיטה כו' מבכורות דף כ' ע"א ·

ב) תירוץ אחר ע"ז מתוס' יבמות דף קי"ט ע"א ד"ה רבי מאיר הוא .

דינים העולים בפרח הזה

א) דין אתרוגים המורכבים כשרים אפילו לכתחילה כי חזרתי על כל צדי הטעמים מה שרוצים לפוסלן והוכחנו לפי עניות דעתינו שכשרים הם אף לכתחילה :

ב) דין המשתחוה לבהמה צכרה כשר בדיעבד לעשות כמנה ציצית:

ג) דין שמה שטוזבר בשוע יו"ר בסוף סימן צ"ה קדירה שיש בה נ"ט זתים של היתר ונפלו בה שני זתים אחד של דם ואחד של חלב הוא מוסכם אליביה דכו"ע דבטל כי אנכי לא אבין מה שכתבו שיש חולקים על זה :

ד) דין אם נתערב דבר שיכול להכיר אף שמונחים כעת המה מעורבים זה בתוך זה ואינו ניכר אינו בטל כיון שיכול להכירן באיזו אופן אך זה דוקא אם הוא בטל ברוב מצד גזירת הכתוב אבל אם בטל מצד עוצם מיעוטו מצד הסברא דעת הרמב"ם דבטל אף אם יכול להכירן כיון שעכשיו מעורבים זה בתוך זה ואינו ניכר בטל :

ה) דין דהיתר בהיתר בטל :

ו) דין מה שהביא הב"י ביו"ד בשם הרשב"א שכל הדברים הנעשים על ידי שרגילים לתת לתוכן שום דבר איסור אין אותו דבר האסיר מתבטל במיעוטו להתירו ואע"פ שאילו נתערב על ידי ישראל היה בטל וכו' עיין בסימן קל"ד סוף הסימן פירוש דאינו בטל רק אם נתערב דרך מקרה בררתי זאת שזה רק מדרבנן בעלמא ולדבר מצוה מותר אפילו לכתחלה דמצוה לאו ליהנות נתנה :

ז) דין דהיכא דאיכא שלש ספיקות מברכין עליה ולא שייך בזה ברכה לבטלה :

פרח י

א) בו יבואר שאנכי איני מבין דברי הגאון בעל המשיב שנדפס בספר ישועות יעקב באו"ח סימן תרמ"ה שבהדיא כתב הרמב"ן שלא כדבריו וגם אינו מובן דבריו שהקשה על הר"ן שכתב בע"א שפוסק כרב חסדא דאזלינן בתר המבטל שהר"ן אזיל לשיטתיה כמו שכתב הטעם פרק הנודר מן המבושל דף נ"ב מפני מה דבר שיש לו מתירין לא בטל :

ב) בו יבואר הטעם מפני מה מדאורייתא בטל דבר שיש לו מתירין על פי התוס' דע"א דף ע"ג ע"ב ד"ה טבל ובר"ן שם :

ג) עוד טעם שני לפי מאי דפסקינן כרב חסדא דסובר במנחות דף כ"ג ע"א דאזלינן בתר המבטל ובזה יהיה ניחא דברי הרמב"ם שפסק בהלכות אבות הטומאה הלכה י"ז והראב"ד השיג עליו ולפי דברינו ניחא :

ד) עוד נראה לי טעם אחר להתיר אתרוגים המורכבים על פי דברי משמרת הבית בדיני תערובות בית רביעי דף צ"ה ע"ב ובזה יהיה ניחא קושית הב"י על הרשב"א ביו"ד בסימן ק"מ :

ה) תירץ על קושיות הגאון ר' זלמן מרגליות מבבא קמא דף ע"ז ע"ב וכתוספות שם ומקרבן אהרן פ' אמר פרק ה' באות ג' :

ו) גם יבואר שאינו מובן מה שכתב הגאון המשיב שם דאין להכשיר אתרוגים מטעם דזה וזה גורם לפי שיטת רש"י וסייעתו ובע"א סוף פרק כל הפסילים וחולין דף ע"ט ע"ב ומפסחים דף כ"ד ·

ז) גם יבואר שיכול לברך על האתרוגים המורכבים אף לדעת החק יעקב בסימן תנ"ד ס"ק י' ·

ח) גם יבואר שאם אחד תבע את חבירו שאתרוג זה הוא שלו והשני השיב לו שאין יודע אם כדבריו או לאו אם יוצאין בו או לא לכאורה יש ראיה מסוכה דף ל"ה ע"א ופסחים דף ל"ז ע"ב ·

ט) ויש לדחות ממסכת מע"ש פ"א משנה ז' ומקדושין פרק ב' דף נ"ז ומיבמות ר"פ הערל ומעירובין ר"פ בכל מערבין ומתוס' ע"א דף ס"ב ע"ב ד"ה העלה ומיבמות דף ע"ג ע"א ד"ה נכסי ·

י) ראיה לסברא זו מתוס' שבת דף כ"ד ע"ב ד"ה לפי ומקדושין דף נ"ז ע"א ומקדושין דף נ"ב ע"ב ומחולין דף קל"א ע"א ·

א) אך יש ראיה דאין יוצאין בו מתוס' מנחות דף ע"ג ד"ה ואפילו · ומרמב"ם פ"א מהלכות בכורים הלכה ז' ומתוס' פסחים דף ה' ע"א ד"ה וכתיב :

ב) לפ"ז צריכין להבין דברי הגמרא בבא קמא דף צ"ד ע"א פירוש דברי הגמרא דשם על פי מאי דאמרינן בבבא קמא דף ס"ח ע"ב :

ג) גם יבואר שאינו מובן דברי הבעל שבות יעקב באו"ח ס' ל"ו כמשנה למלך פ"א מהלכות כלאים הלכה ו' :

ד) בו יבואר טעם הר"ן מה שנסתפק בדבר שיש לו מתירין אי אזלינן בתר רובא פרק אין צדין :

ה) גם יבואר דעת המשנה למלך בזה הדין והביא ראיה מהתוספתא פ"ג דדמאי ועל התוספתא קשה שני קושיות :

פרח יא

א) בו יבואר מה שכתיב בשערי תשובה באו"ח ס' שמ"ת ס"ק ה' להכשיר הכלים שבישל ע"א בשבת בעבור חולה ולפענ"ד לא נראה כן :

ב) יבואר שדעת התוס' בביצה דף ג' ד"ה גזירה כדעת הרא"ה שאין איסור בישולי ע"א בשבת ולא נוכל לדחות זה מביצה דף ט"ו ע"א ומע"א דף ל"ח וגם לא נוכל להוכיח מהגהות אשרי שם ומיו"ד סימן קי"ג ס"ק ד' :

ג) גם יבואר שדעת הר"ן הלכה ולא למעשה כדעת הרא"ה הובא בב"י בסימן קכ"ג :

ד) גם יבואר דעת הרשב"א היכא שאי אפשר לבוא נתינת טעם מבטלין אותו לכתחילה הובא בר"ן פרק אין מעמידין ובטור בסימן קכ"ב וה"נ כיון שיש בודאי רוב אין צריכין להגעיל ואף שהרשב"א ס"ל שצריכין להגעיל הובא ביו"ד סימן קי"ג סעיף ט"ז :

ה) ישוב לזה על פי דברי הש"ך בסימן קט"ו ס"ק ט"ו ובש"ך שם ס"ק י"ז ·

ו) גם יש להביא ראיה מתוספות חולין דף ק"א ד"ה הכתא שרמי אהדדי היכא שאי אפשר בנתינת טעם להיכא בחבר שבטילה ברוב ויש רוב בודאי אך לפי דברי רשב"א בתשובותיו סימן הקט"ו אין ראיה ·

ז) גם יבואר עוד טעם שאין צריכים להגעיל כלים הנ"ל דכיון שאין כוונתו לבטל הובא דעת הגאון ר"ע איגר בתשובותיו סימן ע"ז וכן דעת התוספות בפרק השוכר את הפועל דף ע"א ע"ב וכן דעת תשובות הרשב"א תר"ג וכן לדעת הטור בסימן תנ"ג וכן דעת הריב"ש ופ"ח באו"ח סימן תנ"ג ס"ק ג' אך מדברי התוס' פרק כל שעה ד"ה לשאינהו לא משמע כן ·

ח) גם יבואר פי' דעת תרומות הדשן המובא ביו"ד סימן פ"ד בש"ך ס' ק"ם ומש"ך סימן קי"ד ס"ק כ"א ·

ט) גם יבואר שדעת הט"ז בסימן קל"ז ס"ק י"ד כהנך פוסקים הנ"ל ויש ליישב מה שמקשה השער המלך בסוף הלכות מאכלות אסורות דברי הר"ן אהדדי וכן לדעת הש"ך שם ס"ק ז' ובט"ז סימן קל"ח ס"ק י"ד אך דבעינן שגם יהיה אינו נתשב בעיני המבטל :

י) ראיה מהתוספות יו"ט דמסכת תרומות פרק י"א משנה ח' ד"ה נותן וכן לדעת הרמב"ם בהלכות תרומות פרק ט"ו הל' י"ט :

א) ראיה כפסחים דף מ"ר ע"ב שכל דבר שיש היתר לאיסורו אין איסורו חמור כל כך :

פרח יב

א) בו יבואר דעת הגאון רע"א בתשובותיו בסימן ה' אם מותר להאכיל לחולה שאין בו סכנה דבר שיש בו איסור מוקצה והביא ראיה מכתובות דף ס' ע"א ואחר דחה ראיתו :

ב) בו יבואר שדבריו שסתר צריכין להבינם משבת דף ע"ב ע"ב ומדברי התוס' שם דף מ"ו ד"ה דנפטא וגם חולין דף ט"ו ע"ב :

ג) אך יש ראיה מיבמות דף קי"ד ע"א לפי דברי התוס' שם יש ראיה מהמקשן ומהתרצן אך דברי התוס' צריכים להבין לפ"ז אין ראיה רק מן התרצן וכן דעת הרשב"א בחידושיו לשבת דף קמ"ד ע"ב ד"ה הא דאמר וכן דעת איסור והיתר של הגאון מהו' יונה ז"ל סימן כ"ט אות כ"ט דלא נוכל לומר דסובר רשב"א בחידושיו ביבמות דף קי"ד הובא באו"ח סימן שמ"ג סעיף אלף · אך לפי דברי שער המלך פי"ב מהלכות עכו"ם · אך הרא"ה בבדק הבית בית שלישי שער שביעי ליכא ראיה מיבמות אבל לפי דברי המגן אברהם סימן ש"ה ס"ק י"ב יש ראיה :

ד) גם יבואר שאם אין בחלב איסור מוקצה אלא אסור משום משקין שזבו לפי דעת המגן אברהם ס' תק"ה ס"ק ג' אין ראיה מיבמות לפי מה שכתב התוס' בשבת דף קמ"ד ד"ה מידמי ותוס' שם דף צ"ב ד"ה ואת"ל תוס' שם בדף כ"ט ד"ה גזירה ריש ביצה לפי מאי דאיתא בשבת דף קכ"ד ביצה דף ל"ז ע"א לפי מה שכתב ים של שלמה פרק אין צדין עוד כתב הגאון הנ"ל דיש ראיה מתוס' שבת דף צ"ה ד"ה והרודה ומתוס' ביצה דף י"ב · אך לפי מה שכתב הגאון בעל שאגת אריה אין ראיה אך הגאון הנ"ל דחה דברי הבעל שאגת אריה לפ"ז יש ראיה ואנכי הבאתי ראיה לדברי שאגת אריה מביצה דף ג' ע"א ומפסחים דף מ"ו ע"ב לפ"ז אין ראיה כתוס' שבת דף צ"ה עוד הביא הגאון הנ"ל ראיה מתוס' סוכה דף ו' ע"ב ד"ה יום טוב נדחה הבאתי ראיה לסברתו משבת דף ח' ע"א ומעירובין דף ל"ב ע"ב שם דף ל"ד ע"ב ואין סתירה לזה מתוס' עירובין :

ה) בו יבואר קושיא על דברי התוס' סוכה דף ו' ע"ב ד"ה יום טוב מביצה דף ל"ד ע"ב שם דף ל"ה ע"א ומשבת דף מ"ג ע"א ועיין בתוס' שם ועיין בתוס' בעירובין דף ל"ד ע"ב ד"ה נוטל ובתוס' שם ד"ה הא :

פרח יג

א) בו יבואר סתירה לדברי הבעל נשמת אדם כלל ע"א מבבא קמא דף קי"ז ע"ב ומסנהדרין דף ע"ב ע"א ומגיטין דף ח' ע"ב ומפרק הדר דף ס"ח ומשולחן ערוך בסימן רע"ו ס"ק ב' ברמ"א ומפסחים דף ס"ח ע"ב ומרש"י דשם דף כ"ה ע"ב ד"ה חובה :

ב) עוד הביא הנשמת אדם ראיה משו"ע יו"ד בסימן פ"א סתירה לדבריו לכאורה יש קושיא על זה מיבמות דף קי"ד ע"א תירוץ ע"ז מבכורות דף ו' ע"ב ומיו"ד סימן קפ"ט ס"ק ל"ג יו"ד סימן ס"ה ט"ז שם ס"ק ז' ומש"ך שם ס"ק י"ב ומש"ך סימן צ"ח ס"ק ו' ואין סתירה לזה מהמרדכי בפרק הזרוע והלחיים לפי מה שכתב הכרתי ופליתי סימן יו"ד לכאורה יש קושיא ע"ז מכתובות דף ס' ע"א :

ג) תירץ ע"ז מבכורות דף ט"ו ע"ב ומתוס' ביצה דף י"ב ע"ב ד"ה השוחט ומתוס' חולין דף צ"ת ד"ה אבל רבי יוחנן :

ד) עוד תירץ ע"ז מירושלמי פרק שלישי דדמאי :

ה) גם יבואר תירוץ על קושית המשנה למלך על הרשב"א בהלכות מאכלות אסורות פרק י"ז הלכה כ"ז ברי"פ הערל :

ו) תירץ ע"ז מתוס' שבת דף כ"ז ע"א ד"ה אין ואף לדברי שער המלך פרק שני הלכות תרומות הלכה י"ד ג"כ ניחא

ז) גם יבואר תירץ על קושית המשנה למלך מהלכות מ"א מפרק אין מגלחין מרא"ש ומר"ן שם :

ח) גם יבואר קושית המ"ל שם על הרשב"א מפרק בנות כותים דף ל"ב ותירץ ע"ז :

ט) גם יבואר סתירה לבעל נשמת אדם שהביא ראיה מרמב"ם פרק י' מהלכות מעשר הל' י"ג ומירושלמי :

י) גם יבואר שאיסור מוקצה חמור מדמאי וראיה משבת דף קכ"ו וקכ"ז תירוץ ע"ז משו"ע או"ח סימן שכ"ח סעיף י"ב :

א) לכאורה בדבר שיש לו מתירין מותר לבטל לכתחלה אף אף יהיה כוונתו לבטל כמו שמצינו גבי קולא אחרת בחולה שאין בו סכנה לכן ניחא מה שמתיר בתוספתא כיון ראינו נחשב בעיני המבטל כמבואר ביורה דעה בסימן ק"ב סעיף ד' בש"ך ס"ק ח' ועיין בנדרים דף פ"ד ע"ב אך לא נוכל לומר זה דלפי זה יהיה קשה אמאי אסרינן בטילטול ספק מוכן כדאיתא בביצה דף כ"ד ע"א וגם בשו"ע או"ח סימן תצ"ז סעיף ג' הא יכול לבטל אף שיש לו מתירין מ"מ הוא בטל כמבואר במגן אברהם בסימן תנ"ג ס"ק ד' רב המגיד פרק א' מהלכות י"ט והביאו הב"י שם וכל שכן לפי דעת משנה למלך בהלכות מעילה פרק ז' שם אלא וודאי דאין מבטל אף ספק מוכן אם כוונתו לבטל ומוכרחין אנו לתרץ הא דמתיר בתוספתא לבטל אף לכתחלה משום דהיתר בהיתר הוא כדכתב הט"ז באו"ח סימן תמ"ז ס"ק ה' ובסימן הרכ"ו ס"ק ב' בט"ז ובמגן אברהם ולפ"ז ליכא ראיה מהתוספתא שדבר שלי"מ בטל ברוב היכא דלא אתחזק איכורא לפי דעת רבינו שמחה כמבואר בשיבולי הלקט והביאו הב"י בסימן י"ת באו"ח וכן פסקו רמ"א שם והסכימו לזה הט"ז והמגן אברהם ולדעתי כסברת הר"ן דעת הש"ך ביו"ד בסימן ק"ב וביותר בסימן ק"י וס"ק מ"ו וכן לדעת הטור או"ח סימן תקי"ג וביו"ד בסימן ק"ב ועיין בכגן אברהם שם ופליגי על הר"ן מה שנסתפק בסוף פרק אין צדין אך יש פוסקים שחולקים ע"ז לפי דעת התוס' הא דאין מבטלין איסור לכתחילה הוא רק מדרבנן ועיין בש"ך ביו"ד סימן צ"ט ס"ק זיין שהביא שיש שאר פוסקים שסוברים כן ולפי דעתם אינם סוברים כדעת רש"י אלא כדעת הר"ן שפירוש בפרק הנודר מן המבושל משום דמין במינו הוא מפני שסופו להיות היתר וכן משמע לכאורה שכן דעת הרא"ש בפרק גיד הנשה סי' ל"ו וגם הוא דעת הרשב"א דאף שאסור לאוכלם אדם אחר הוא רק מדרבנן ועיין בט"ז יו"ד סימן ק"ט ס"ק א' פרי מגדים שם ואף שנסתפק הר"ן בס"פ אין צדין ולפי דבריו פרק הנודר מן המבושל ליכא שום ספק לפי דעתי כתב זאת קודם שנתברר לו הטעם שכתוב פרק הנודר מן המבושל ונראה לזה ממה שכתוב פרק קמא דביצה :

פרח יד

א) ראיתי לבעל פני אריה בתשובותיו בסימן ב' שלדעת הרא"ש בפרק גיד הנשה אף שהתיר לאכול בבת אחת מ"מ לא נהפך האיסור להיות היתר לגמרי דודאי אינו חמור כספקו מן התורה ולכאורה יש ראיה מספק ממזר ומספק מעשר דודאי חמור מספקא אך זה יש לדחות · אך יש ראיה מראש השנה דף כ"ב ע"ב לגבי קידש החודש מחללינן את השבת מספקא וכן כתב התוספות בחולין דף י"א ד"ה אבל אך דברי התוספות אינם מובנים לי למה לא הביאו ראיה לדבריהם ממסכת ראש השנה הנ"ל ומה שהקשה המפרש בהלכות קידוש החודש פרק ג' הל' ג' דלגבי מילה לא מחללינן שבת מספקא :

ב) תירוץ ע"ז דבשבת דף קל"א ע"ב פריך הגמרא מה להנך שכן עבר זמנה בטילה פירוש רש"י אבל מילה אינה בטלה :

ג) עוד יש לתרץ לפי מה דאיתא בירושלמי פרק שני דחלה הובא בתוספות ראש השנה דף י"ג ע"א ד"ה דאקריבו לפ"ז נוכל לומר היכא דנכתב בצידה מיקרי הותרה וג"מ דהיכא דהותרה אף אם אפשר לקיים העשה בלא דחית הלאו יכול לעבור על הלאו כדאיתא ביומא דף ו' ע"ב ולגבי קידוש החודש נכתב הל"ת בצידה כדאיתא בראש השנה דף כ"א ע"ב ולגבי מילה לא נכתב הל"ת בצידה כדאיתא בשבת דף קל"ב וכן מבואר ביו"ד בסימן רס"ו ובשאגת אריה בסימן נ"ט דמילה מיקרי דחיה :

ד) גם מבואר הפיקות נפשות מיקרי ג"כ רק דחי' ויש ראיה לזה בביאור הגר"א ביו"ד סימן רס"ו ס"ק כ"ה ביומא דף פ"ה ע"א ובמנחות דף ס"ד :

עוד

פרח טז

א) עוד כתב הבעל פני אריה שם דלא נוכל לומר כדעת הפ"ח והמשנה למלך שהתוספות סוברים דמותר לבטל איסור לכתחילה מן התורה דמניין להם זאת והאיך מוכח מן התורה :

ב) תירוץ על זה מדאמרינן בריש סנהדרין דף ג' ע"ב דאין ב"ד שקול ומזה למד הגמרא :

ג) ומה שהקשה עוד דבאיסורי הנאה אסור להשליכו לכלבו ולבטלו מותר :

ד) תירוץ ע"ז בתוספות ב"ק דף ק"א ד"ה ולא דלאחר שכלה איסורו כותר להנות :

ה) עוד הקשו כפסחים דף כ"ב מסוגיא דחזקיה ור' אבוה ולפי דברינו מתורץ :

ו) ומה שהקשו הפ"ת בביאור שער המלך בהלכות מ"א פרק י"ר הלכה כ"ה בפרק שלוח את הקן דף ק"מ ע"א דצפורי עיר הנדחת לא אצטריך קרא למעט וכו' דלא אמרה תורה שלח לתקלה דהא בטל ברוב :

ז) תירוץ על זה בתוספות סוף תמורה דגבי עבודה זרה כתיב לא ידבק וגו' דאסור ליהנות אף לאחר שכלה איסורו :

ח) וגם יבואר פירוש דברי התוס' שם :

ט) עוד הקשה הבעל פני אריה שם מפני מאי אמרינן דחמץ אינה ברשותו הא יכול לבטל תירוץ ע"ז כיון דכתב תשביתו אסור לבטל וכדברי מקור חיים סימן תל"א פ"מ באו"ח סימן תמ"ו אף שבספר ב"א הביא דברי הרמב"ם פרק ג' מחמץ והוכיח מזה מחמת שאיסור הנאה אינה ברשותו אינו מובן דבריו כמו שאבאר :

פרח טז

א) בו יבואר אם יוצא באתרוג שהקדיש לצדקה אם יתן כך וכך קודם שנתן אי אמרינן דמקרי שלכם משני טעמים ואחד דאי בעי מתשיל עליו ואי בעי פורה שנית דיש לו רווחא דביני ביני :

ב) גם יבואר אם הקדיש ארבע כנפות באופן זה אם מחויב להטיל בו ציצית אי לאו לכאורה יש ראיה מתשובות הרשב"א בביאור הרמ"א באו"ה סימן תרמ"ט סעיף ב' דאינו יוצא כטעם דאי בעי פודה • אך יש ראיה מבכורות דף י"א ע"א דיוצא כטעם יש לו רווחא דביני וביני • ולא שייך זה לפלוגתא דר"ש ורבנן גבי כל העומר לזרוק פרק המנחות ונסכים דף ק"ב ולפלוגתא דתנאי דפרק השואל דף ק"ב דאין נדרכת אלא למאי שהש"ס מדמה כדכתב התוס' בסוטה דף כ"ה ד"ה לאו ובתוס' חולין דף פ"ת ע"א ד"ה ורב יהודא • לפ"ז מוכח דהואיל אי בעי פריק עריפא מהואיל אי בעי איתשיל עליו בנדרים אף דמצוה לאיתשולי כדאיתא בנדרים דף נ"ט ע"א דתולה זה בדעת אחרים וראיה לזה בפסחים דף ל"ת בעי ריש לקיש ולא קשה ע"ז מתוספות שבת דף מ"ו ע"ב אך מפסחים דף מ"ו ע"ב תוס' שם ד"ה הואיל לכאורה מוכח איפכא אף שדברי התוס' שם אינו מובנים לי מבבא מציעא דף ס"ו ע"ב בתוספות ד"ה ואי ומשם דף ע"ד בגמרא ובתוס' סנהדרין דף כ"ג ד"ה כל ומקרושין דף ס"ב ע"ב ולא תוכל להלק דגבי מעשר והקדש יש לו רווחא דביני וביני זה אינו דבזמן הזה מותר לחלל הקדש שוה מנה על הפרוטה כדאיתא בבכורות דף כ"ט ע"א וגם מעשר שני אין בידו לפרות כדאיתא בבבא מציעא דף נ"ג ע"א שו"ע יו"ד סימן ק"ב וגם בירושלמי פרק ד' דמעשר שני מוכח דלגבי מעשר שני יש רווחא דביני וביני וגם מתוס' ב"ק ד"ה קרא דף ס"ט ע"א מוכח דמעשר שני דאחר אין יכול לפרות וגם מתוס' שם ד"ה הוא דף ס"ח :

ג) תירוץ על דברי רשב"א דס"ל מחמת הואיל דאי בעי מיתשיל עליו הוה כמו שותפים ולא קשה הסוגיא דפסחים על הסוגיא דבכורות וסובר כתירוץ הראשון דפסחים שם אך הראיות דרשב"א דהביא דאינו יוצא בלולב שנדר מהך דאתרוג של תרומה טמאה אינו מובן מסוכה דף ל"ה ע"א ולא נוכל להרין כדברי שער המלך הלכות חמץ ומצה פרק ששי הלכה ח' דמוכח מהראיה דרשב"א דאמרינן הואיל אף היכא דלא חזי השתא לשום אדם • מה שהביא ראיה מדברי התוספות דעירובין דף ל' ע"ב ד"ה ולפירש • ולפ"ז קשה התוספות דפסחים הנ"ל עם התוספות דעירובין הנ"ל ולפי דעתי אין ראיה מעירובין דשם בענין סעודה הראויה מבעוד יום כדאיתא בעירובין דף ל"ו ע"ב גם אינו מובן ראיות הרשב"א דלכאורה קשה דלפי שיטת הרי"ף והרא"ש דפרק אלו עוברין אמאי אמרינן בביצה דף י"ב ע"א דהשוחט עולות ביו"ט היה לוקה ואמאי דהואיל אי בעי איתשיל ליה דמוכח מתוספות פסחים דף מ"ז ע"ב ד"ה הבערה דאף לבית שמאי אמרינן הואיל :

ד) גם יבואר דעולה הוא ברשותו דמכפר אעשה כדאיתא בזבחים (דף ו' ע"א) שם דף ז' וראיה לזה בחולין דף מ"א ע"א וכ"ת כיון דכבר נשחט לא נוכל למתשיל כדמוכח מתוספות כריתות פרק ג' דף י"ג ע"ב ד"ה אבל חטאות הא כתב הטורי אבן בראש השנה דף כ"ח ד"ה הרי דמוכח משבועות דף כ"ד דנוכל להשיל אף שכבר נזרק ולא תקשי ע"ז הא הוי חילוק בעזרה :

ה) תירוץ על זה מבואר שם ומה שהקשה השער המלך על דברי התוספות דפסחים דף מ"ו דלא יכול לצאת במצות של מעשר שני מחמת מיגו דאי בעי מיתשיל דהא הדרא לטבליה :

ו) תירוץ ע"ז מפסחים דף ל"ה ע"ב כיון דלא השתא איסור טבל וגם כשאוכל כעת ליכא מצוה הבאה בעבירה :

ז) תירוץ על הך קושיא דביצה דלא אמרינן הואיל היכא דלא שכיח כדכתבו התוספות דפסחים דף מ"ו :

ח) בו יבואר דכל מקום דאמרינן הואיל שכיח הוא :

ט) בו יבואר תירוץ דלא סתרי סוגיא דבכורות עם סוגיא דפסחים לפי דברי הריב"ש דאיסורי הנאה הוה ברשותו ראיה לזה מע"ז דף מ"ב ע"א דלמא מגבי לא יכול אלמא דבאיסור הנאה שייך ביה קניה ומה שהביא הב"א ראיה מכתובות דף ל"ד במעשי שבת אינו ראיה • פירוש נכון בסוגיא שם ואף לדברי הרשב"א לתשובותיו בסימן תשמ"ו ותשמ"ז איסורי הנאה לא הוה ברשותיה מ"מ ניחא כיון דאית ליה רווחא דביני וביני גבי פטר חמור יש לו זכי' בגוף הממון כדמוכח בבכורות שם ב"ק ד' ע"ט ע"א ולפי שיטת רבינו יוסף הלוי גבי מנה אין כאן משכון אין כאן והביא הנימוקי יוסף בריש מציעא אבל גבי הקדש ומעשר אף דיש רווחא דביני וביני אינו שכיח בגוף הממון אך צריכין אנו ליישב תירוץ שני של הר"י שם בפסחים ד' מ"ו בתוס' ד"ה הואיל :

פרח יז

א) בו יבואר כמה קושיות על הסוגיא דפסחים דף מ"ו מערכין דף כ"ג ומקרושין דף נ"ו ומנדרים דף פ"א ומפסחים דף מ"ח ע"א וגם שאר קושיות המובאות בפנים באיזה מחברים הם • תירוץ על זה דמתרצת הדא בתברתא לפענ"ד מקדושין דף נ"ט ומירושלמי דנדרים פרק אחד עשר ומרמב"ם פרק ה' מהלכות אישות הלכה ו' ומתוספות חולין דף קל"א ד"ה יש ומהגה אפרים הלכות צדקה ס"ב ומר"ן דנדרים דף פ"ה ומרבינו יוסף הלוי הביאו הני"ו בריש מציעא בסוגיא דהילך וממקור היים בסימן תל"א :

ב) בו יבואר שלפי דברי הרשב"א בנדרים דף פ"ה נ"כ יהיה מתורץ קושיות רש"י מיומא דף מ"א ע"ב ומירושלמי פרק ששי דפאה ומר"ן דנדרים דף פ"ה ומגמרא ב"ק דף ק"א ע"א ומב"ם דף קי"ת ומחולין דף קל"ט אך התוספות בפסחים דף מ"ו ד"ה הואיל לא סבירא להו הך סברא המבואר בפנים וראיה לדבריהם מסוכה דף ל"ה ע"א אף שלדברי הרשב"א הביאו הרמ"א באו"ח בס' תרמ"ט ס"ב מגן אברהם ס"ק י' מוכרחין אנו להלק • אבל התוספות מיאנו בזה בפסחים דף מ"ו ולכן לא קשה על הך דפסחים מבכורות דף י"א לכן אם הקדיש אתרוג או ארבע כנפות על הנאי אם יתן כך וכך אף ששוה יותר מ"מ לא יצא לפי דברי התוספות הנ"ל אבל היכא דהקדיש לצדקה באופן הנ"ל מחויב להטיל בה ציצית מדברי הר"ן בנדרים דף ז' ומחולין דף קל"א מיומא דף ת' ע"א ומש"ך ביו"ד בסימן רנ"ט ס"ק י"ד לפי שיטת הריף והרא"ש בפסחים דף מ"ו אף לפי דברי הרשב"א הביאו הרמ"א בס' תרנ"ט גם כן מחויב להטיל בו ציצית וכן מוכח מחולין דף קל"ו ע"א ומשו"ע או"ח ס' י"ד ס"ה אבל היכא דהקדיש אתרוג באופן זה היכא דלית לי' רווחא דביני ביני אין יוצאין בו והיכא דאית לי' רווחא דביני ביני יוצאין בו כדמוכח בבכורות דף י"א :

פרח יח

א) בו יבואר לפי מה שכתבנו בפרח הקודם צריכין אנו ליישב דברי הרמב"ם דפרק ששי מהלכות חמץ ומצה הלכה ח' דמה שתירץ והרי קורקס שהביא הכ"מ שם השער המלך דחה זאת וגם התירוץ של הלחם משנה ג"כ דחה ומה שתירץ השער המלך שם ג"כ תירוצו אינה עולה ליפה לפי דברינו :

ב) גם יבואר טעם למה יוצאין במצה של מעשר שני ואעפ"כ אינה מתקרשת בה כי הטעם של השער המלך כתשובות הרשב"א בס' הר"ב אינו מובן מב"ק דף ס"ט תוספות ד"ה קריא שם דף ס"ח ד"ה הוא :

ג) גם מה שהביא ראיה מבעל לחם משנה ג"כ אינו ראיה לפי מאי

מאי דאיתא בקידושין דף מ"ח לכן נראה לי דהטעם אף אם אינו סובר הרמב"ם כתירץ הר"י בפסחים דף מ"ו בתוספות ד"ה הואיל מ"מ אינה מקודשת מנדרים דף נ"ט ע"א ומקדושין דף מ"ט ע"א ומגיטין דף ל"ב ע"ב ומרמב"ם הלכות תרומות הל' י"ז אף להרשב"א בחידושיו לקדושין דף נ"ב ע"ב ולפי דעת הרב המגיד פ"ה מהלכות אישות הל' ז' ולפי דברי התוס' רי"ד בקדושין דף ח' ד"ה התם ולפי דעת הרמב"ם שהביאו הר"ן בקידושין שם :

פרח יט אות א ואות ב

א) בו יבואר שבעינן שהאשה המתקדשת תזכה בהקרושין ממשנה למלך פרק ה' הלכות אישות הל' א' ואף לפי דעת הרשב"א בחידושיו לקדושין דף נ"ב והרב המגיד מהל' אישות הלכה ז' ג"כ נראה כן ואף שדעת הרמב"ן הביאו הר"ן בקידושין דף ה' אינו סובר כן לפי הנראה לא פסקינן כוותי' שאף הרמב"ם אינו סובר כוותיה :

ב) בו יבואר שיש לתרץ דברי רש"י בקידושין דף ח' מה שהקשה התוס' עליו לפי דברי התוס' רי"ד בקידושין שם וזה נראה שדעת הרמב"ם לפ"ז לא נוכל לומר כדברי השער המלך בפר"ש מהלכות חמץ ומצה הלכה ח' דהא דיוצאין במצה של מע"ש מטעם הואיל ואין אשה מקודשת במע"ש לפי שלא זכה בממון של המקדש הא לפ"ז דעת רש"י והרמב"ם סוברים כדעת הרמב"ן :

ג) גם יבואר שתירץ של הגאון בעל ישועות יעקב בא"ע ס' ל' ס"ק ג' על הקושיות התוס' הנ"ל אינו עולה ליפה :

ד) תירץ על קושיות הגאון הנ"ל בטוב טעם ודעת והתירוץ של הגאון הנ"ל על קושיתו מהא דכתב הש"ך בחו"מ סימן קצ"ה ובס' ר"ב ומגיטין דף ע"ז ע"א איני מבין את דבריו מב"ק דף ע"ט ע"א ומחו"מ ס' שנ"א ומגיטין דף ע"ז ומב"מ דף י"א ע"ב :

ה) בו יבואר תירץ על הקושיות השיטה מקובצת ועל הש"ך הנ"ל מגיטין דף ע"ז גם התירץ שתירץ הגאון בעל ישועות יעקב על קושיות התוס' דקידושין דף ח' הנ"ל דברי' אינם מובנים מקדושין ד' מ"ז ע"ב וכן צריכין אנו לתרץ קושיות התוספות הנ"ל כתירץ הר"ן וחידושי הרשב"א שם :

פרח כ

א) בו יבואר שאנכי איני מבין דברי הבעל מחנה אפרים בהלכות מכירה הל' ק"ח סימן ו' מחידושי הר"ן על ב"מ דף ט"ז ד"ה מכדי :

ב) גם מה שכתב הבעל מחנה אפרים שם :

ג) פירוש על דברי הטור בשו"ע בחו"מ סימן קע"ו ג"כ אינו מובן ומבואר פירוש אחר בב' פנים מסנהדרין דף כ"ד ע"ב תוספות ד"ה כל והביאו הרמ"א בס' ר"ז ס' י"ג :

ד) בתוך הדברים יבואר מאין הוציא הרמב"ם שהביא הטור בשמו בס' קע"ו מקידושין ד' ח' ומשם ד' מ"ח ע"א ומזה מוכח אף דהצר השותפין אינם קונים זה מזה היינו בזבינא וכו' אבל בזבינא דרמה על אפיה או בדבר שאינו מתקיים דיש לו הגאה למוכר כדאיתא דף ל"א ע"א ובע"א ד' ו' ע"ב קונים זה מזה :

ה) ישוב מה שסתמו הפוסקים ולא הילקו בס' ר' ס' ג' בחו"מ :

ו) גם יבואר שדברי יהיה ניחא אף לדברי הרשב"א בחידושי' לקדושין ד' ח' שלכאורה סותר דברי לפי מאי דמבואר בקדושין ד' מ"ז ע"ב וב"מ ד' צ"ט ע"א :

ז) ישוב לזה מגיטין ד' ע"ז ע"ב ומב"ב ד' ק' ע"א ומחו"מ ס' קצ"ב ומחנה אפרים בריש הלכות שכירות וגם הש"ך פוסק כן אף שלכאורה לא משמע כן אך לפי דברי הגאון בעל ישועות יעקב בא"ע בסימן קל"ט ס"ק א' נראה לי שגם הש"ך כוותיהו ס"ל :

דינים העולים מפרח הזה

א שמה שכתב הבעל מחנה אפרים שחצר השותפין יכול להקנות לחבירו בדיבור בעלמא לדעתי העניה אינו כן :

ב אף דקיל"ן חצר השותפין אינם קונים זה מזה היינו דווקא כשאחד רוצה לקנות אבל כששנים רוצים לקנות זה מזה גמרי ומקני הדדי אף לחצר השותפין :

ג אם סילק אחד מהני אף שהסילוק היתה בשעת הקניה קונה חבירו מזה השותף שסילק את עצמו :

ד היכא דהוה זבינא דרמא על אפיה או דבר שאינו מתקיים קונה בחצר השותפות זה מזה :

פרח כא

א) בו יבואר לפי מה שכתבנו בפרח שמונה עשר שתירוצו של השער המלך על הרמב"ם בפרק ששי הלכות חמץ ומצה אינה עולה יפה :

ב) וגם יש עוד קושיא על הרמב"ם הנ"ל לכן יבואר ישוב אחר לדברי הרמב"ם הנ"ל ובזה יתורץ דברי הרמב"ם הלכות בכורות פרק ה' הלכה ט' מה שהשיג הראב"ד עליו שם ובישוב הרמב"ם הנ"ל יתורץ כמה קושיות שיש על הסוגיא דבכורות דף י"ב ע"ב :

ג) תירוץ על קושיא הנ"ל ממכות דף ה' ע"א וממנחות דף פ"ד ע"א :

ד) בתוך הדברים יבואר שאין אנו מבינים דברי התוס' דבכורות הנ"ל ד"ה הכא מקדושין דף י"ד ועיין בתוס' שם וממשנה למלך מהל' יו"ט הל' י"ז :

ה) גם יבואר הטעם ראף דנכתב הקרא בסתמא אף לדבר מצוה כן מב"ק דף ל"ב ע"ב שם דף כ"ז ע"ב ומתוס' שם ומשבת דף קי"ד ומתוס' שם דף ס"ט ד"ה דירע לפ"ז ישאר קושיות התוספות דבכורות הנ"ל במקומה :

ו) תירוץ על קושיות התוספות הנ"ל :

ז) ובזה יתורץ דברי הרמב"ם פרק ג' מהלכות חמץ ומצה הלכה ח' דהרמב"ם פסק כרבא דב"ק דף ס"ט ע"ב ובזה יהיה ניחא דברי הרמב"ם דהלכות מע"ש הל' ט' שפסק כצנועין דאיתא בבבא קמא הנ"ל דהרשב"א בחירושיו שם לב"ק תמה על זה :

ח) תירץ לדברי הרמב"ם הזה מירושלמי דריש מע"ש פירוש לדברי מפירוש המשניות להרמב"ם בריש מע"ש :

ט) מאלה הדברים נתברר אף דאמר ר"ם מע"ש ממון גבוה לאו לכל מילי הוא דאמר :

י) סייע לדברי מרברי הפני יהושע בקדושין דף מ"ג ע"א גמר תירוץ על הרמב"ם דהלכות חו"מ הנ"ל :

א) בו יבואר שלפי דברי רבא דבב"ק דף ס"ט הנ"ל ולפי דברי הירושלמי הנ"ל טעמו של ר"ם דפטורה מן החלה עיסת של מע"ש ולדברי חכמים חייבת המובא הברייתא הזה בפסחים ד' ל"ח אינו כטעמו של רב אשי שם אלא טעם פלוגתתן דר"מ וחכמים משני כתובים וכו' ור"ם אזיל לשיטתי' כמו שסובר בקידושין דף ל"ה ע"א וחכמים אזלי לשיטתייהו בסנהדרין דף ס"ד ע"ב דבר פלוגתא דר"מ הוא ר"י כדמוכח בפסחים שם ובקדושין דף נ"ב ונ"ד :

ב) ובזה ניחא דברי הרמב"ם דהלכות בכורים פ"ו הל' ד' דפסק כחכמים דהרמב"ם פוסק בהלכות עכו"ם פ"ז הל' א' דשתי כתובים הבאים כאחד מלמדין ומה שתירץ השער המלך שם על קושיות הכסף משנה ולפי דברי' פוסק הרמב"ם דאין מלמדין קשה עלי' מפירוש המשניות להרמב"ם דבכורות דף מ"ט ע"א :

ג) תירוץ על קושית הכ"מ בהל' עכו"ם על דברי הרמב"ם הנ"ל :

ד) בתוך הדברים יבואר טעם פלוגתייהו בשני כתובין הבאים כאחד או מלמדין או לא :

ה) גם יבואר שאין סתירה לדברי מסוטה דף כ"ט ע"א :

ו) תירץ על דברי הרמב"ם פרק י"ג דהלכות עדות והביאו הרמ"א בחו"מ ריש ס' ל"ג ועיין שם בש"ך ומה שפסק הרמב"ם דלא כרב חסדא בבכורות דף י"ב ע"ב דלפי דברי סובר דאין מלמדין :

ז) תירוץ על זה מעירובין דף מ"ו ע"א וע"ב :

ה) גמר תירוץ על הרמב"ם מפרק חמישי הלכות בכורות הלכה ט' :

ט) בתוך הדברים יבואר פירש על פירוש המשניות להרמב"ם בשביעית פרק ט' משנה ט' פירוש בדברי רש"י בבכורות שם בזה יהיה ניחא טעם המ"ר דמנחות דף מ"ו ע"ב דשתי הלחם לשריפה קאזלי ומביאין אף בשביעית אף שהתוספות שם דף ד' ע"ב כתבו הטעם. אך לפי דברי הרמב"ם אי אפשר לומר כן לפי דברי סוף התירוץ על הרמב"ם דפרק ששי מהלכ' חו"מ בהתירוץ השער המלך אינה יפה :

פרח כב

א) בו יבואר שדברי הגאון בעל ישועות יעקב באו"ח סי' תנ"ז אינו מובן דמה שהוכיח מערבין לפי הנראה לא ראה תשובות מהרי"ט חלק ב' ס ה' אך דברי מהרי"ט ג"כ אינם מובנים דהוכית דלמ"ר טוכת. הנאה ממון אינה נקנית בקנין ובזה יהיה ניחא דלא סתרי' דברי רבא בב"מ דף

דף י"א מדבריו בנדרים דף פ"ה לכאורה לפי דברי הבעל מקור חיים בס' תל"א יש לישב בדרך אחר דלא סתרי דברי רבא אהדדי ובזה יתורץ מה שהקשה על הרמב"ם שבפרק ה' מהל' אישות פסק דט"ה אינה ממון ובהלכות נדרים בפ"ז הלכה י"א פסק דאם אמר קונם כהנים לוים אלו יטלו אחרים :

ב) אך דברי המקור-חיים הנ"ל אינם מובנים דמוכח מהירושלמי דנדרים פרק י"א הל' ג' שלא כדבריו :

ג) פירוש נכון בדברי ירושלמי הנ"ל לפי דברי הר"ן בריש פסחים וגם הרמב"ם פרק י"ב מהל' תרומות הל' י"ח פסק כהירושלמי הנ"ל ועיין ברמב"ם פ' א' מהל' בכורות הל' ב' ובטור יו"ד ס' של"א ב"י שם :

ד) בו יבואר שגם הישועות יעקב בס' הנ"ל כתב ג"כ כדברי הבעל מקור חיים אך מירושלמי ומהרמב"ם הוכחתי שלא כדבריהם לפ"ז צריכין אנו לתרץ דברי רבא הנ"ל שלא סתרי הדדי וגם פסקי הרמב"ם לא יהיה סתרי הדדי :

ה) תירוץ אחר ע"ז מכתובות דף נ"ט ע"ב ומש"ך ח"מ ס' ש"נ אך מדברי הרמב"ם דפ"ב דמע"ש ומפ"ה דה' אישות לפי דברי הבעל מתנה אפרים בס' א' בהל' ט"ה יתורץ דברי הרמב"ם שלא סתרי פסקי הרמב"ם דהלכות אישות מהלכות נדרים הנ"ל בדרך נכון :

ו) גם יבואר שאין אנו מבינים מה שכתב מהרי"ט אח"כ שמה שמבואר בפ' ארבעה וחמשה בממון עניים במע"ש מדין שליח אינו מובן · גם מה שכתב הא דאיתא בגיטין דף נ"ב דאפטרפוס חייב לעשר מתורת שליח לפי דברי הרשב"א והריטב"א בחידושיהן בגיטין שם לא כתבו כן :

ז) גם יבואר שלדברי הרשב"א לחד תרוצו שם אין שום ראיה מפ' ארבעה וחמשה הנ"ל · גם באופן אחר יש לדחות שאין ראיה מב"מ דף ט' גם דברי מהרי"ט שהביא ראיה מערכין ג"כ אינו מובן לפי מה שכתב התוספות בקדושין דף נ"ב ע"ב ד"ה המקדש ומנסרא שם דף נ"ח · גם התוספות יו"ט שם כתב ג"כ כדברי וכן מבואר בתוספות שבת דף כ"ד ע"ב ד"ה לפי :

ח) וגם מבואר שם ג"כ שהריב"א ג"כ סובר כדברי לפ"ז לפי דברי הרמב"ם מהל' אישות ובפ' בתרא דמע"ש קמה הקושיא הנ"ל על הסוגיא דפסחים דף מ"ו · גם לפי דברי התוס' רי"ד והריטב"א בחידושיהם לקדושין דף נ"ח ג"כ קשה על הך דפסחים הנ"ל :

ט) בתוך הדברים יבואר שמה שכתב הקצות החושן בס' רע"ה בס"ק א' דהתוספות ב"מ דף ז' פליג על תוספות רי"ד וריטב"א הנ"ל לפ"ז ישאר קושיות התוספות דב"מ ד' ז' לפענ"ד לא פליגי לפי מאי שאיתא בשביעית דף כ"ד ומפסחים דף מ"ו ע"ב :

י) ולפי זה יתורץ קושית התוספות דב"מ דף ז' לפי דברי התוס' רי"ד כתירץ התוספות שם דף ז' ולפי דבריהם קמה הקושיות על הגמרא דפסחים הנ"ל :

פרח כג

א) בו יבואר שמה שכתב הגאון בעל ישועות יעקב בס' תנ"ז שאין אדם אחר יכול לזכות בטובת הנאה ברש"י ובר"ן בקדושין דף נ"ח כתבו להיפך וגם מהגמ' מוכח כן · גם רש"י ב"מ דף י"א ע"ב כתב ג"כ להיפך מדבריו גם שאר דברי הגאון שם ג"כ אינו מובן שיש ראיה מב"ק דף ס"ט ע"א ומהתוספות שם ד"ה כל שאף אם יכול לזכות רק אחד אחד הוה הפקר :

ב) גם יבואר סברא נכונה להלק אף אם נאמר שאין כל אדם יכול לזכות בט"ה מ"מ הוה הפקר ואינה דומה להפקר לעניים לחוד כסברת הגאון הנ"ל כי יש חילוק רב ביניהם :

ג) גם יבואר שאין קושיא מהראב"ד הביאו הרשב"א בחידושיו לב"ק דף ס"ט על דברי ופירש לדברי הראב"ד על פי דברי השאגת אריה בתשובותיו בס' צ"ג לפ"ז יהיה נשאר הקושיא על הגמרא דפסחים דף מ"ו לפי ההוה אמינא אבל על מאי דמסיק אינה קשה לפי דברי תוס' רי"ד והריטב"א דנוכל לתרץ לפי דברי המקור חיים בס' תל"א :

ד) בתוך הדברים יבואר סברא נכונה וגם ראיות הגאון בעל ישועות יעקב מנדרים דף מ"ד לפי ענית דעתי מוכח להיפך אך לפי דברי הרמב"ם פ' בתרא דמעשר שני ופ"ה דאישות יהיה קשה על הסוגיא דפסחים הנ"ל אף למסקנא דשם וגם לדעת רש"י ב"מ דף י"א ד"ה אינו ממון ג"כ יהיה קשה כנ"ל וצריכין אנו לתרץ כמו שכתב השאגת אריה בס' פ"ג על קושיא אחרת :

ה) העולה מדברינו שלא נוכל לומר כדברי הבאר אברהם שכתב שכן דעת רש"י ורמב"ם דלפי דברינו יהיה קשה מרמב"ם ה' יסודי התורה פ"ה הל' ח' :

ו) ראיה נכונה מגיטין דף כ' ע"א שאיסורי הנאה שמותר שלא כדרך הנאתן יכול כל אדם לזכות בו :

ז) ישוב לדברי הרמב"ם פ"ה מהל' יסודי התורה מטור או"ח בס' ת"נ וראיות הבאר אברהם מרמב"ם פ"ג דמצה ולפי דעתי מוכח איפכא · פירש לדברי הרמב"ם דשם :

ח) גם יבואר פירש לרש"י בפסחים דף ו' וב"ק דף כ"ט ובזה יתורץ קושיות הפני אריה בס' ב' שהבאתי למעלה בפרחים הקודמים :

דף ב בריש ע"א לא קשה על דברי התוספות ריש האשה רבה (דף פ"ח) ד"ה מידי ודו"ק :

שם בע"ב בשורה כ"ה ממרדכי דהגוזל קמא שציין הגאון רע"א בשוטה (דף ג') ג"כ לא קשה על דברי ודו"ק :

שם ע"ד שורה כ"ז אחר תיבת זה נ"ל כיון שבאותה התיבה שאמרה התורה שהאב נאמן לאמר זה בני בכור באותה התיבה מבואר אם נאמן האב לענין בן גרושה וחלוצה אמרינן שהאמנת האב על כל הענין המבואר בהתיבה הזאת אף לענין בן גרושה וחלוצה כעין שמבואר קצת בזבחים (דף נ"ה) והבאתי בפרק ח' ומוכח מזה שהאמינו וכו' :

דף ג ע"א שורה מ"ח אחר מלת כמבואר אף דהתם רק אם יכול לברר בקל דוקא מ"מ הסברא נכונה דחזינן דאינה ודאי ועיין יבמות פ"ז ע"ב תד"ה מכלל :

שם בהגה"ה ד"ה לכאורה עיין תוספות שבת (דף כ"ט) ד"ה והא דרב וכו' :

דף ו ע"ב בשורה י' אחר מלת הקדושין לכאורה נ"ל דאכתי יש לו מיגו דאי בעי הוה מקדש לה כעת בפני עדים אבל י"ל דאפשר שהיא לא רצתה בזה כדי שתהיה נאמנת לומר אח"כ גרושה אני (ועיין בכתובות כ"ב במשנה) וגם אפשר שרוצה למכור נכסיה ולא אהבה לפרסם הדברים ודו"ק וגם אולי לא תאבה שידעו קרוביה בזה ודו"ק :

שם ע"ג שורה מ"ג אחר מלת ודו"ק שיוכלו לעשות גם קנוניא כזה עם הלוה וכמו שעשו כעת קנוניא להזימם וכעין זה מצינו בכתובות (דף י"ח ע"ב) ע"ש :

דף ח ע"ד שורה כ"ט אחר מלת לאמר התיבות דמיירי באופן זה ותיבת אומר בראה אחר מלת העדים ט"ס הם וצ"ל שיראים המזימים פן כל אחד מן העדים ראה שראה וכו' :

דף ט ע"ב שורה י"ט אחר מלת ממונות א"ה אף שדברי בענין עדות מיוחדת נכונים בעז"ה אך ד' הרמב"ם נוכל ליישב באופן אחר דלכך העדים אינן מזימין א"ע מפני שחוששין פן יצטרף העד הנשאר עם ע"א · ואי קשיא הא העד השני מוכחש הוא (כמ"ש בדף ח' ע"ד) י"ל שיראים פן יאמר שראה עם אחר אך בשביל שלא מלא את האחר להעיד הלך עם זה המוזם והב"ד לא יפסלהו בשביל כך שיאמרו הואיל ובל"ז פלוני גברא קטילא הוא (וכמו שכתבתי בפרק ט' אות ב') שהרי ראה עם אחר וכי בשביל שאמר שקר שראה עם העד המוזם נפסילהו לעדות לכן מזימין גם את העד הזה ואף דאפשר דלא קיי"ל הכי (ועיין בסנהדרין כ"ו ע"ב גבי הנהו קבוראי וכו') מ"מ העדים יוכלו לטעות שדינא הכי ודו"ק :

דף י עמוד ד' שורה ח' אחר מלת מיגו אף דהמיגו קל כמ"ש בסמוך מ"מ הואיל וחזינן דלרב חסדא דהעדים פסולים ודאי אף מצד הספק אלמא דמועיל לפסול אותן אף בדבר קל ה"נ אע"ג דהמיגו קל הוא ואין מכשירין הבתראי בשבילו והכשר הבתראי הוא רק אידום כמ"ש בסמוך מ"מ מועיל לפסול את העדים הראשונים הואיל וכבר הורעו קצת ע"י מיגו כזה :

דף יא עמוד ג' שורה ג' אחר מלת לשבת חסרים תיבות הללו „דהא לגבי' כתיבא הך גזירה שוה דקדש קדש" ולשון התירוץ הוא קצת מגומגם וכצ"ל „דאביי דפשיט הנ"ל אזיל לשיטתו דלית ליה בחולין דק"ח הך סברא דדרך בישול אסרה תורה [עיי"ש] ולא בעינן ג"כ שיקבל טעם מושבח זה מזה בשעת בישול ולא משמע לא תבשל שיקבל טעם מושבח והכו"פ כתב את דבריו אליבא דידן דפסקינן כרבא שם דדרך בישול אסרה תורה ומשום זה כתב הכו"פ דבעינן שיקבל טעם מושבח וגם אנן ילפינן איסור אכילה מדכתיב ג' פעמים לא תבשל (עיין בטור ומחבר סימן פ"ז ועיין לחם משנה פ"ט מהמ"א דאף הר"מ ז"ל ס"ל הכי) ומשו"ה אע"ג דלגבי איסור בישול בעינן שיקבל טעם מושבח מדכתיב לא תבשל אבל לא תבשל דכתיב גבי איסור אכילה לא משמע שיקבלו טעם מושבח זה מזה דהרי חזינן לאביי בשביל הסברא דלא כתיב אכילה בגופא מפקינן הגזירה שוה ממשמעותו דהרי בגזירה שוה ילפינן מגבלה והתם הוא דוקא כדרך הנאתן ומ"מ בשביל הסברא מפקינן לגזירה שוה ממשמעותו כש"כ הכא דאיכא תרתי הסברא דלא כתיבא אכילה בגופא · ועוד דהאינו ענין מפיק ללא תבשל מפירושו בישול שיהיה פירושו אכילה כ"ש דנוכל להוציא את הלא תבשל ממשמעותו גם לענין זה דלא יהא משמע שיקבל טעם מושבח זה מזה ע"י בישול והא דאפקי רחמנא בלשון בישול אמר לך דלא נאסר אכילת בשר בחלב עד שיקבל טעם מושבח על ידי בישול (עיין בטור ומחבר סימן פ"ז) ובזה מיושב קושית הפר"מ בשפ"ד ריש סימן פ"ז עיי"ש כי תירוצו קצת מגומגם :

דף יז ע"ג שורה ל' אחר מלת משנה ד' נ"ל (וכן מבואר בט"ז בסי' ש"א סק"י בשם הירושלמי עיי"ש בסק"ז ובס"ק י"ב :

דף כו ע"ד שורה כ"ה אחר מלת פשוטה ולכן בשאר מיגו לא אמרינן במקום חזקה כידוע :

דף כז ע"א שורה נ' אחר מלת חזקה אבל ראיתינו מנמוקי"י קיימת ולא נוכל לדחות הכי. דה"ל לפרושי כיון דאין הסברא פשוטה כ"כ דהרי חזינן דהתוספות בכתובות י"ט לא תירצו כן על קושיתם עיין בדברינו בסמוך :

שם עמוד ב' שורה כ"ב אחר מלת חזקה אלימתא והוא סוף הדיבור :

שם ע"ג בשורה ע' אחר מלת זבין ויש לדחות כדכתבנו לעיל :

דף ל ע"ב שורה כ"ג אחר מלת „התומין" ועיין בכתובות (דף י' ע"ב) לענין הטעם בקריאת שם אלמנה כי זה מצינו כמה פעמים בסדר בראשית שקרא התורה שם הדבר על העתיד אך זאת לא מצינו בתורה שיהי' מבואר האיך היה הדין לאחר שיחדשו הרבנן איזה דבר לסייג שמחמת זה יהיה נמשך מזה דין חדש :

השמטות מכפתור שני

דף לה ע"ד (בסוף הפרק) א"ה סוף התירוץ אינו מרווח כ"כ ולכן אמרתי להשלים את התירוץ באופן זה ועד ע"ג שורה ל"ה מלת „הרמב"ם" נשארו הדברים כמ"ש בפנים וממלת אבל ואילך ניחא לי טפי במה שאכתוב כאן דאף דמסק דינא דפרדיסא מוכח דהדר ביה רבא מ"מ לא מוכח דהדר ביה רבא גם מההיא דאמר בב"ק (דף קי"ב ע"ב) דלא נשתעבדו נכסי דשואל עד שעת אונסין ולא משעת משיכה ובכ"ז אמרינן דאם קיבל עליו אחריות חייב לבער אף דלא נשתעבד משעת משיכה · א"כ ה"ה הכא גבי אונס אף דלא נשתעבדו נכסי משעת משיכה מ"מ חייב לבערו אף דפוסק הרמב"ם דנשתעבדו נכסי משעת משיכה מ"מ הא לא מצינו מאן דפליג על הא דרבא בפסחים הנ"ל וטעם הרמב"ם שפסק דמשעת משיכה נשתעבדו נכסיו נ"ל לפי דגרס בסנהדרין ע"ב רבה ופסק כרבה אף דיש אומרים דגם אביי ורבא בכלל בתראי דהלכה כוותייהו נגד הראשונים מ"מ כיון דסוגית הגמ' בריש הכונס אזיל בשיטת רבה דפריך פשיטא כיון דאפקוהו וכו' וכש"כ גבי שואל כמו שהבאתי בפנים דשואל עדיף מגזלן ולכן פוסק הרמב"ם כרבה :

דף לז ע"ב בשורה מ"ה אחר מלת „לשני" וכדאמר ר' אלעזר בב"ב קכ"ה ע"ב דכל האומר אחריך כאומר מעכשיו ומזה ראיה לדברי הפוסקים בב"י ח"מ סימן רמ"ח דפסקו כר"א :

שם ע"ג בשורה י"ט אחר מלת „מעכשיו" וכן מפורש ברשב"א עיין בב"י „שם :

שם בשורה ל"ה אחר מלת „הראשון" וכן נ"ל נמי להנהו רבוותא דפסקי דלא כר"א בח"מ שם אולם אכתי קשה לדעתם איך יכול להקנות לשני וכמו שהקשיתי לעיל ע"ב בהג"ה ולא מצינן למימר דס"ל כדעת הרשב"א דלפ"ז יסתרו פסק דש"ע באה"ע סימן מ' דלא הוי אלא ספק מקודשת ובהו"מ

מבואר

מבואר דקנה שני וצ״ל כד׳ הרא״ש והרמב״ן סוף פ״ב דגיטין ועיין בקצות החושן סימן ר״כ סקי״א ובריש סימן רמ״ח שמבאר דבריהם באורך ולפ״ז נתיישב גם הקושיא השניה המבואר לקמן מהא דאמרינן אין ברירה אך לדברינו אכתי תקשה וכו׳ :

דף לח עמוד ד׳ שורה כ׳ אחר מלת „שם״ אבל לר״י לא מלית אמרת הכי דלדידיה ודאי דבקנין לזמן קצוב אפילו תנאי לא מהני דאקני בגוף הקרקע כיון דר״י מפרש הברייתא דב״ק מה מכירה שאינו חוזרת ר״ל וכילד כגון שיעשה מעשה בגוף הבהמה ומשמע דבעינן דחוזרת א״א בשום ענין דיעשה מעשה בגוף הבהמה ואפילו תנאה לא מהני דאל״כ לא תלי זה בזה והעיקר חסר מן הברייתא :

דף לט ע״א בשורה י״ג אחר מלת „ע״ש״ מ״מ הא אמרינן דאין ברירה וגם עיין בר״ן (דף כ״ט) ד״ה א״ל אביי דקנין לפי שעה לא מקרי אלא קנין פירות ולפ״ז אפילו אי אמרינן יש ברירה לא הוי קנין הגוף ומאי טעמא דראב״י אלא ע״כ דפליגי בהכי דרבנן סברי וכו׳ :

דף מ ע״ב בשורה כ״ד אחר מלת „בכולה״ וצ״ל ובסברא זו יתיישב קושיות התוספות בקדושין ז׳ ע״א ד״ה ונפשטו יעו״ש :

דף מח עמוד ד׳ בשורה ס׳ אחר מלת פשיטא ההוכחה נשמטה מן הספר וזו היא לדברינו (בדף מ״ט ע״ג) ד״ה ונראה שהוכחתי ממתניתין דהכותב טופסי גיטין דאף למי שאומר ברירה בכ״מ · ולפ״ז הרי היא עומדת להתגרש בגט זה · אבל גבי גט ל״א וכ״ש בסתמא דאף אם עומדת להתגרש בגט זה ל״מ יעו״ש כי הארכתי :

שם שם בשורה ס׳ אחר מלת היכא כתיב דזינתה בודאי וט״ס הוא וכצ״ל היכא דספק זינתה ואינה שותה כהני דהשיב במתניתין דר״פ ארוסה בסוטה כ״ג ע״ב :

דף מט ע״ד בשורה ס׳ אחר מלת אא״כ בסוף האות צ״ל ובזה יתיישב קושית התוספות דזבחים הנ״ל דהא לא מוכח דסתמא פסול רק ממתניתין דברירה וברירה בשתים אבל ל״מ אמרת והמשנה כתובה שתם ומשמע דקאי אכו״ע ולפיכך צריך שיניח מקום הרי את מותרת לכל אדם :

דף נב ע״ב בשורה כ״א אחר מלת ברירה צ״ל וכמ״ש בפרה הקודם אות ב׳ (בדף כ׳ ע״ב) בד״ה היוצא שלא הביא הרמב״ם ז״ל בע״א דרב הושיע יעו״ש :

דף נג ע״ג בשורה כ״ג אחר מלת „שכתבתי״ צ״ל בתירוצי באות א׳ :

דף נז ע״א שורה ב׳ אחר תיבת „אי לא״ צ״ל דהכא איכא תרתי לריעותא הזקת איסור בבהמה והזקת רבע שהיפה לע״א או מספיקא :

דף סב ע״א שורה ט״ו אחר מלת „דפסחים״ צ״ל דגם שם מעורב עלי איסור ועלי היתר בתנור קודם שנרמו בפת ומוכח וכו׳ :

דף סט ע״א שורה ל׳ אחר מלת „עבירה״ ובהדיא מוכח משור וחמור דלא כלבוש דאינהו כשרין למזבח אף שנאבדה בהן עבירה :

דף עג ע״א בשורה כ״ט אחר תיבת „הבישול״ צ״ל עיין רש״י ברכות (דף ל״ו ע״ב) ד״ה כס פילפלי וכו׳ :

דף פ ע״ב בשורה י״ב אחר תיבת „שכתבתי״ צ״ל ואף דבפסח אינו עומד לאתשולי אך כיון דקודם פסח עומד לאתשולי ומחמת זה נקרא ממונו גם בפסח לא יצא מרשותו · גם נראה לי בזה יותר שכיח מהולה שיש בו סכנה : במפתחות מכפתור ב׳ פרח י״ב אות ד׳ אחר המלות מתוס׳ עירובין חסר „דף כ״ז ד״ה מפני״ :

שם אות ה׳ בין מלת ובתוס׳ ובין מלת שם חסר המלה „בילה״ :

לוח השגיאות מכפתור ראשון ושני

לוח	עמוד	טור	מלה	שגיאה	תיקון
א	ד	ט	ו	פלפלתי כי	פלפלתי בדבריהם
ג	ב	כג	ו	שהחלק	שהחולק
ד	א	לב	ב	להחזיר	לחזור
„	„	מא	ח	ראיתי	ראיתיו
„	ד	כו	ה	מדרבנן	מדרבנן
ה	ב	לו	ד	עבידתא	אבידתא
„	ג	מה	ח	המה	היה
„	ד	ב	א	וכאן	כאן
„	„	מ	ב	מ"ט	י"ט
„	„	ט	ט	ט"ז	י"ז
ז	ג	לא	ז	וכדהבאת	וכדהבאתי
„	„	מג	א	והיה	דהיה
ח	ג	יג	ה	אמרינן	אומרין
„	„	כה	ו	ואין	ואכן
„	ד	ד	ט	במזומן	המזומין
„	„	לג	ב	והוזמנו	והזימנו
ט	ב	מו	ח	מחידושו	חידושו
„	ד	כו	ג	ההודעת	העדאת
י	ג	כט	ב	שאינו	שאנו
„	ד	כא	ט	שבוע	שבועה
יג	א	כג	ו	נג	כג
„	ב	מט	ד	ד"ה „אם"	ד"ה „אפשר אם"
טו	א	כב	א	כתב	לא כתב
„	„	סא	ח	הכי	היכא
„	ב	כא	ג	היכא	הכי
„	ג	לה	ט	דלמא	אלמא
„	„	כ	ה	דברינו	דברי'
„	ד	מו	ו	שנצרוך	שנצרך
טז	ב	כא	ג	שכן	לכן
יז	א	כ	ד	ואע"ג	ומה גם
יח	א	מ	ה	החמה מפני	החמה „ובלילה" מפני
„	ב	נב	ט	דיוקא	דייקא
יט	א	בהג"ה	א א	שכתבה	שכתבו
„	„	ג		שבד"ה	בד"ה
„	ב	לג	י	בניהם	ביניהם
„	ד	נט	ח	היו	היה
כ	ב	כו	ו	אבוה	אבי"ה
כא	ד	מו	ב	במע"ש „לא" הוה	במע"ש הוה
כב	ב	מו	ח	אסי	יוסי
„	„	יז	ח	אסי	יוסי
כג	א	כט	ו	ע"ב דכתובה	ע"ב „בד"ה" דכתיבה
„	„	מז	ה	אפרש	מפרש
„	ג	כ	ב	דמשב"ח ילפינן	דמשב"ח „לא" ילפינן
כד	ד	לג	ה	ס"ד	ד'
„	„	לט	ו	פה	ס"ג
כז	א	נא	ו	משמע דלא	משמע „דלר"מ" לא
„	ב	מב	ב	חזקה „ולכאורה" משמע	חזקה משמע
„	„	מה	ג	אך קלת	אף דקלת
„	„	נב	ח	פשיטא	פשטא
„	ג	ג	ב	ממילת „וכיון" עד מלת „הבע"ד" נמחק	
„	„	יג	ו	מתיבת „כבר" עד תיבת „כלל" נמחק וצ"ל „אך הא מוכח מהתוס' דהוה חזקה אלימתא"	
„	ד	כ	ח	מהר"י	מהרי"ט
כח	ב	מג	ט	וישבתי	ובזה אישב
לב	ד	מח	ז	שתירצו	שתירצתי
לה	א	לב	ד	ור' ינאי	ורבא
לז	ב	מז	ד	תיבת „מיירי"	נמחק
„	ג	כז	א	דמשום	דשום
„	ד	לא	א	להא	והא
לח	א	מא	ב	מכ"ז	עכ"ז
„	ב	לט	ז	לפני	לאחר
„	ד	לא	ז	ולכן	לכן
לט	א	י	א	וכמו	ואף
מא	ד	ו	ט	דכתובות	דברכות
מב	ד	יג	ה	קונם	קנים
מב	ד	יג	יב	קונם	קניה
מג	א	לא	ב	שאם קנים	שאם „אמר" קיים
מו	א	ח	ו	והוא	והא
„	„	לה	ה	מקודשת	מגורשת
„	ג	ס	ב	ובמה	יבמה
מז	ג	ס	ב	ואת"ל אמותיהן	ואת"ל „שאין" אמותיהן
מח	ב	כ	ח	שכן	לכן
„	ג	מג	ה	ממילא	ממילה
מט	ב	כז	ג	להרפא	להוציא
„	„	ע	ב	כרים	ברים
נ	ג	י	ט	רבי	רב
נא	א	כח	ב	כדטעמא	טעמא
נב	ד	מה	ה	(דף מ"ג ע"ב)	(דף י"ג ע"ב)
ס	א	כט	ב	הכשור	פסול
סב	ג	מה	ג	אלא	לא
סד	ג	ב	ו	„עם"	אם
„	„	יד	ז	דמבטל	דבטל
סה	ב	מג	ז	מתיבת „שהכל"	עד „אם" נמחק
„	„	נב	ח	הניכר	שאינו ניכר
ע	א	ו	ח	(בדף מט ע"א)	(בדף כ"ט ע"א)
„	ד	ד	א	(דף כ"ט ע"א)	(דף מ"ט ע"א)
עא	א	ט	ג	ילדה	בילדה
„	„	סא	ג	השיג	הושג
„	„	סב	ב	והראב"ד	מהראב"ד
„	ב	סא	ו	תיבת „וכל" נמחק	וצ"ל „ועוד צ"ל דכל מה"
„	ד	ד	ג	סוכר	סידר
„	„	„	ה	לכך	צ"ל כך
עב	א	ג	ד	דרב	דרבנן
„	„	יט	ח	מתיבת וכבר עד תיבת ולפי נמחק וצ"ל דהא סברת הר"ן נכונה	
עב	ב	יז	ד	דאי	או
„	„	יח	י	גנובה	גניבה
עג	א	ז	י	מא	יא
„	„	ח	א	התיבות „ועי"ל"	נמחק
„	„	לב	ד	שנ"ח	שי"ח
עו	ג	א	ח	וכש"כ	מכש"כ
„	ד	ס	ב	הוראה	הגראה
עט	ג	לא	ו	דחזי	דלא חזי
„	„	נו	ט	ולא נקט	ונקט
פ	ב	לא	ד	שהי' מכבר תרומה	שהי' תרומה
„	„	לב	ט	יהיה כבר	והנה מכבר
„	„	לג	א	תיבת והוא	נמחק
פא	א	ג	ו	(דף כ"ו)	(דף כח)
„	„	ד	ה	טבלי	טבלו
„	„	כג	א	הואיל	הועיל
פג	ב	מ	ז	ותורץ	ותורף
פד	ב	מג	ה	שביעית	מעשר שני
פט	ד	ה	ג	כי לא	כאילו

לוח השגיאות מכפתור שני

לוח	עמוד	טור	מלה	שגיאה	תיקון
לד	ד	ז	א	מוד	מידי דהוה
„	„	מ	א	הגה	דגה

ספר

גן נעול

יכלכל דינים הרבה וגם ישובים ופירוקים ע״ד הראשונים

יחלק והיה לב׳ כרכים ובהם ארבעה כפתורים

כרך שני

יכיל בקרבו כפתור שלישי וכפתור רביעי

מאתי

אשר ניסן בהרב הגדול צדיק וכו׳ כקש״ת מו״ה יהודא ליב נ״י מבירז

ווילנא

בדפוס ר׳ הלל בר׳ אברהם יצחק דווארזעץ

שנת תרל״ד לפ״ק

ГАНЪ НОУЛЪ

т. е. Садъ закрытый или Талмудическіе респонсы по религіознымъ узаконеніямъ Евреевъ

Соч. О. Н. Левензонъ

ЧАСТЬ II.

ВИЛЬНА

Въ типографіи Гилеля Дворжеца на Трокской улицѣ въ домѣ Круковскаго подъ № 400. 1873 г.

Дозволено Цензурою 26 Сентября 1873 года Вильна.

דברים אחדים אל הקורא

ספרי זה גן נעול אשר אני נותן לפניכם היום מיוסד על אופן זה

א בו ירוקם ארבעה כפתורים · ובכל כפתור וכפתור יבואר בו ענינים שונים אשר אין בהם שום צד השוה אשה אל אחותה אמנם מהראוי ליתן לכל כפתור שם חבור בפני עצמו · אך יען שכל הענינים שבאו בד' הכפתורים האלו · משולבים הנה ואחוזים זה בזה לכן שזורים כל הד' כפתורים יחדיו והיה לאחת :

ב רבי הכמות המה הכפתורים · ע"כ הפרדתים לפרחים · וכל פרח צמוד בסוף הפרח ההולך לפניו · ובראש הפרח ההולך לאחריו · ועב"ז אם יקרא הקורא רק פרח אחד לבדו כבר השיג הענין המדובר בו · כי כן יסדתי עמודי ספרי :

ג פן ואולי אמרתי יהין עוד למשא על הקורא · אשר אצל לו רק רגעים אחדים מטרדותיו הרבות אשר סבבוהו · כי הפרחים האלה אף כי לעומת הכפתורים מעטים המה בכמותם · עכ"ז ילאה הקורא לעיין בו ויקוץ מפני האריכות מפני שישנם פרחים רבים אשר רחבו ונסבו למעלה · ע"כ גם אתהם חלקתי לאותיות וכל אות גם הוא נדרש למעלה ונדרש לאחריו ועם כ"ז בכל אות ימצא ענין שלם :

ד עוד אמרתי הלא ישנם אנשים אשר מגמתם רק לדעת אחרית כל אלה ואת התוצאות היוצאים מכל זה · וע"כ יבקשו אחרי הדינים הנובעים מכל פרח · ואנכי אשר תכנתי עמודי ספרי בענין אשר לא יהיה למשא על אחי הקורא כאשר כבר הזכרתי מזה · וידעתי כי בספרי זה ימצאו דינים הרבה מחודשים · אשר נסתעפו מתוך הדרישות והחקירות אשר דרשתי באר היטב בספרי זה ע"כ הצגתי באחרית כל פרח הדינים המחודשים הנובעים ממקור כל פרח לבדנה בקצור נמרץ · ועתה מי ומי מהקוראים הנכבדים אשר יאבו לדעת הדינים היוצאים מהפרח · יפנו נא לאחרית הפרח ותמצאו מאווים · אולם ישנם פרחים רבים אשר לא נתחדש בכל אחד מהם בלתי דין אחד לא שמתי את לבבי להציגו לבדו באחרית הפרח : גם יש מקומות מועטים אשר אף במקום שישנם דינים אחדים לא הצגתים לבדנה באחרית הפרח ולפעמים נכתב הדינים באחרית הפרח אך לא נרשם בסוף הפרח כסדר הזה [א] [ב] :

ה ספרי זה יש לו סגולה יקרה להעניק לכל איש כחפצו ותכונתו · גם האיש הדורש בפני עדתו · רבנים · מורים · איש נפשו ימצא בו דבר חפץ · כי ישנם בהם רבים אשר מהם יוכל כל איש להגיד במקהלות עדתו דבר בעתו · מדי שבת בשבתו וכל מועדי קודש לשנים אחדים · ועוד ענינים דרושים לכל חפציהם אשר לא דשו ביה רבים ואף אם לא ישווה עם היום והמועד אשר בו יאבה הדורש לדורשו · אך אם זרחה שמש התבונה עליו להאציל מקרני חכמתו על הענין נקל יהיה לו לחברו עם כל יום ומועד אשר יאבה · והדורש לא יאלץ לדרוש ולראות אחר כל הענין רק בנקל יהיה לו למצוא מקום אשר משם יוכל להגיד כחפץ לבבו :

ו כן מהנחוץ להעיר להקוראים הנכבדים שאף שבתחילת הכפתור ראשון מדובר ע"ד הגביות עדות מהעגונה הנעתק בראשית הספר ואח"כ נסתבכו מזה ענינים אחרים בהפרחים הבאים אשר בכל אחד מהם נגמר הענין המדובר בו · כאשר כבר הזכרתי מזה · בכ"ז כאשר יעיין הקורא רק בהפרח האחרון מכפתור רביעי ימצא גם ההתחלה וגמר לדינא בדבר האשה העגונה הנזכרת בהנב"ע הנ"ל :

ז הדבר אשר המריצני לכונן סדר ספרי שלא כסדר שארי ספרים · זה הוא · כי יסדתי עמודי ספרי רק לשם וזכר נשמת בני יחידי הגאון זצוק"ל · ובאשר כי ערכו בחכמתו ובתורתו היה נעלה מכל בני העליה ע"כ סדר ספרי זה אשר לזכר נשמתו יסדתי באופן מופלא להיות האזכרה דומה להנזכר · וגם באשר דבר כי יפליא בעיני בני האדם יחוקה וזכרו על לוח לבבו לדוד דור (כדאיתא בחולין מלתא דתמיהי מדכר דכירי לה אינשי) ע"כ תכנתי באופן זה למען ישאר שמו וזכרו על תלמי לבות הקוראים הנכבדים לנצח נצחים [ועוד יש טעמים שונים אשר לא נתתים פה] :

א עוד מצאתי נכון לפני להעיר לפני הקוראים הנכבדים דברים אחדים טרם יבואו אל הס' פניסה להגות בו · שכמה חידושי תורה נסדרו ברעיוני מקודם · ואח"כ נכתבו עלי הגליון ע"י אחרים כי מחמת כהות עיני לא יכולתי לכתוב בעצמי והוכרחתי לטמון רעיונותי בחובי ימים לא מעטים עד עת מצוא סופרים כלבבי אשר יהי' לאל ידם להביא על הגליון את רעיונותי אשר נשכח · בלי תפונה מעט מזעיר מנהם · כמאמרם ז"ל בסנהדרין אע"ג דשני סופרי הדיינים עומדים לפניהם וכותבים דברי המזכין ודברי המחייבין נהי דבפומא כתבין ליבא אינשי אינשי ע"כ · מזה יורנו לדעת להוציא הדברים השקיעים ברעיוני אדם תיכף ובל ילין אתו רעיונותיו ולמחר ישיתגה לאחרים · ולבד זה ירוע אשר יפלו עפ"י רוב שינוים ברעיונות הכותב ע"י אחרים אף שכותבין אותם תיכף בעת שנתחדש · ג"כ בוודאי ידין אותי הקורא הנכבד לכף זכות · והמבין ימלא מעצמו החיסרון ויחסור את היתרון · כי גם על הכ"י לא יכולתי לשום עיני עליהם מראשיתם עד אחריתם ולקרותם בעצמי מפני חלישת עיני וגם להעבירם תחת עטי הבקרת אחר כתיבתם נעשה ע"י אחרים אשר לא ידעו מהם מאומה כאשר כבר הזכרתי מזה · ואף ששני רבנים מובהקים הגיהו קודם ההדפסה את חיבורי בביתי וכל דבר הקשה הביאו אלי · עד שיצא כנגה בירור הדברים עכ"ז דעת לנבון נקל אם היה נשאר בזכרוני לרשום עלי הגליון כאשר נסדרו אצלי בעת שנתחדש היה מזוקק יותר מכמו שהוא עתה :

ב מקורא נכבד אבקש לבל ישא עלי עון לאמר: ראו זה הרהיב עוז בנפשו לכתוב לפעמים בסוף הפרח בקיצורי דינים „דלא כזה" „ודלא כזה" · כי הוא רק מפני שאין באפשרי לכתוב בלשון זולתו ומכבוד תורתם הסליחה [ובפנים נכתב רק הלשון שאיני מבין את דבריו ולא בלשון קושיא ותימה · כאשר עיני הקורא יחזה מישרים יעיין הקורא בכפתור רביעי שכתבתי כמעט בכל דין ודין אם יסכימו רבותי עמדי] כי מראש מנעתי א"ע מלכתוב בדברי דת ודין · רק חפצתי לכתוב חדושים בעלמא [והאיזה דינים שנמצאו בם באו אח"כ כאשר ההילותי לכתוב לדינא ונסדרו בפנים על מקומם] אמנם אחרי אשר כתבתי

הרבה

דבר אל הקורא

הרבה הידושים בעז"ה חשבתי דרכי החיבור ואשוה לנגר עיני איך שהחיבור שיהיה נכלל בו גם דינים יהיו לרצון יותר על פני תבל ע"כ שמתי הצדק לקו · והדין למשקלות · והעליתי דברי על קו הצדק ועל מרכז הדין :

ג זכאשר תהלוכות העת הזאת לפסוק להלכה מספר נדפס תיכף בצאתו לאור מבלי ראות מה טיבו של חיבור זה · ע"כ בקשתי כפולה מהמעיינים הנכבדים לבל יפסקו לדינא עד שיקובל על פני תבל כמאמר חז"ל בפסחים ברישׁ אלו דברים על הדין הנשכח מחכמי דורם וז"ל הנח לבני ישראל אם אינם נביאים בני נביאים הם ע"כ :

וכן אבקש מאת אחי ובני עמי · אנא אחי בל תמהרו לסתור את דברי בטרם תלמדו את כל ספרי: יען כי כל דברי מתברתי אחוזים ומשולבים המה יחד ואם כי ענית במקום זה עשירה היא במקום אחר :

ד אל יחשדני הקורא אולי ימצא בספרי איזה ראיה או סתירה אשר נמצא כבר באיזה ספר לאמר · כי לא מקרבי יצאו הדברים האלה ומה גם אחרי רואו כי כבר שמתי דבריו בחיבורי לראיה על דברי או הבאתי סתירה על דברי מאותו הספר כי מפני שישנם ספרים רבים אשר היו שאולים אצלי על זמן מועט ולפעמים בעת כותבי הדברים לא היו. הס' אצלי (ודע אחי הקורא כי טרם הוצאתי כפי מלים לכותבם עלי הגליון בדקתי וחפשתי אחריו בכל הס' הנמצאים בביתי אולי כבר ישנם שם · אך מנסתרות נקני) :

עוד אחת אבקש מקורא הנכבד לעיין בהשמטות ותיקונים כי שם תמצאו דברים מועילים ונכבדים להענין ולדינא כאשר עיני הקורא יחזה מישרים באופן ישר אשר בנקל יוכל להביא כל אחת על מקומה בשלמות :

ואני תפלה יהא רעוא מן קדם מרא דבשמיא וארעא שימצא הספר חן וחסד בעיני המבינים המעיינים בו וזכות אבותי הגאונים (ה"ה ארוני אבי מורי הרב הגדול וכו' צדיק וכו' כקש"ת מוהר"ר יהודא ליב נ"י מר"א במאריספאלי וכבוד א"ז המנוח הגאון החריף אמתי מהור"ר מנחם נחום בהגאון המקובל מהור"ר דוד זצוק"ל וכבוד חותני מורי ה"ה הרב הגאון הצדיק מהור"ר שמעון אב"ד בבירז בהרב הגדול מהור"ר אברהם זצוק"ל ושאר גאוני משפחתינו אשר לא הזכרתי שמם · כי לא ידעתי במזב ערך כל אחד ואחד · וזכות בני יחידי הגאון האברך מפורסם לתפארת וכו' מהור"ר מנחם נחום נתן זצוק"ל · יעמדו ל שאוכל להוציא לאור על פני תבל גם את הספר צפנת פענח אשר עמדי בכתובים אשר הוזכרו בו שבחי בני הגאון זצוק"ל בפרטות ומבואר בו כמספד מר על בני הצעיר הנ"ל ושארי דרושים נחמדים במלים ראגדתא כן יזכני ה' להוציא לאור ספר לקוטי שושנים אשר אתי בכתובים גם ספרי אפיקי יהודא אשר בו נכלל קצורי דינים לקוחים מגמרא וראשונים ויש בו חידושי תורה של בני הגאון המנוח ז"ל · גם יזכני ה' להוציא על פני תבל את החיבור מב"י אחי הגאון הגדול כו' כו' מהור"ר משה שלמה זצוק"ל שהניח אחריו ברכה למזכרת עולמים תשובות לשואליו בדבר הלכה שמונח תחת ידי אחי הרב הגדול וכו' מוהר"ר יעקב ישכר בער נ"י :

ומחזיקנא טיבותא לידידי אנשי עיר בירז המעטירה ואנפיה אשר אנכי יושב בקרבם באוהלם אוהל של תורה ומזונותי בכבוד מהם נתונה · ועוד בכפת מלא חפנים החזיקו בידי · למען הפיץ מעינותי על פני תבל · למלאות חפצי לעשות שם ושארית לזכר נשמת בני יחידי הגאון ז"ל זכותו יתופף עליהם · ואני בברכה אברכם ואמינא לפעלא טבא יישר חילם ויאריכו ימים ושנים המה וצאצאיהם יבלו ימיהם בטוב ובנעימות כברכת מוקירם ומכבדם :

המחבר.

בפתור שלישי מספר גן נעול

פרק א

ועוד נ"ל לתרץ קושיות ספרי אחרי' בס' ג' והבאתי דבריו בסוף בפתור שני דהקשה לפי דברי הפ"ח שהתוספות סוברים דמותר לבטל איסור לכתחילה מה"ת אמאי אמרינן בכמה דוכתיה בגמרא דחמץ לאחר זמן איסורו לא מצי לבטל משום דחמץ אינה ברשותיה רק התורה עשאו ברשותו לעבור עליו בבל יראה ובל ימצא אמאי אינה ברשותו הא יכול לבטל אף לכתחילה מן התורה לערב בהיתר ויבוטל החמץ ויהא כולו מלה וביטול מועיל אף בהמן שאם נתערב חמן ברוב היתר מותר ויכול להנות אח"כ ואמאי אינה ברשותו · אך בהקדם נקדים לתרץ קושיות הקצות החושן בס' שס"ג ס"ק א' שהקשה על החק יעקב בה' פסח שכתב דאם תובעו תוך הפסח לא מצי אמר הרי שלך לפניך לפי שהכל מצווין לבערו באותו פעם וכאילו שרוף ועומד דמי ונמצא שאינו מחזיר לו כלום · ומהאי טעמא נקטו בש"ס ופוסקים חמן שעבר עליו הפסח וכו' וכדאיתא בב"ק (דף צ"ח) גזל חמן ובתוך המועד בא אחר ושרפו פטור דהכל מצווין לבערו עכ"ל · וקשה ממ"נ אי חשבת ליה היזק ניכר בתוך הפסח דחשוב כשרוף אם כן כבר קנה בשינוי וכדמוכח בפ' הנזקין דלמ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק דה"ל שינוי וקנהו בשינוי ע"ש דפריך למ"ד שמיה היזק מהא דתנן גזל חמן ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך ואי נימא דלא היזק ניכר הוא · א"כ תוך הפסח נמי אמאי לא מצי לומר הרי שלך לפניך וכו' עד כאן דברי הקצות החושן · ונ"ל לתרץ דלעולם לא חשבינן לה להיזק ניכר ומה שכתב החק יעקב דבפסח לא מצי למימר הרי שלך לפניך משום כיון דהכל מצווין לבערו והרי הוא כהפקר גמור כיון שהכל מצווין לשורפו לכן אין לך הפקר גדולה מזו שהתורה הפקירה · וכיון שכן לא יכול הגזלן לומר הרי שלך לפניך דאינו מקיים מצות השבה כלל · ולא שויא שום ממון אף פחות משוה פרוטה והתורה כתב והשיב את הגזילה וגו' וזה לא שויא מידי · וגדולה מזו מצינו בשני מקומות בגמרא ב"ק דאף לאחר הפסח החמץ עפרא בעלמא (בדף ק"ה ע"ב) (ובדף ק"י ע"ב) · אך כשעבר עליו הפסח יכול לומר לו הרי שלך לפניך אף דהוה כעפרא בעלמא מ"מ כיון דלגבי הגזלן חשוב ממון ואין שום אדם יכול לזכות ביה מלד שיפסיד לגזלן שאם אין לו החמן הזאת ליתן להנגזל יצטרך ליתן דמים עבורם וכן כתבו כה"ג התוספות בב"ק (דף ס"ט) ד"ה כל וכו'· ואפילו אם תמצא לומר דלא קני אלא א"כ הגזילה ברשות הגזלן אבל אם הוא ברשות הרבים בשעת יאוש כל המחזיק בה זכה כו' מ"מ כיון שכל אדם אסור להחזיק בה מפני שהיא צריכה לגזלן ליפטר מן הנגזל ואם כבר זכה בה אחר לכל הפחות חייב לשלם דמים לגזלן כדאמר לעיל דאפילו למאן דאמר יאוש לא קני חייב גנב שני לשלם קרן לגנב ראשון לא חשוב כהפקר לפטור מן המעשר וכו' עכ"ל התוספות · לפ"ז הכא נמי בחמן שעבר עליו הפסח כיון דיכול לומר הרי שלך לפניך לא יכול אחר לזכות ולא חשוב כהפקר אף דהוה כעפרא בעלמא כיון דלגבי הגזלן שוה ממון הרבה וע' בכתובות (דף ל"ד ע"א) כגון שמסרו לשומר וכנ"ל ע"ש בהשוגיא · נמצא לפ"ז דלגבי גזלן החמץ שעבר עליו הפסח שגזל שוה ממון הרבה ולא הוה כעפרא בעלמא וכן לגבי הנגזל ג"כ שוה ממון הרבה החמץ שעבר עליו הפסח שגזל ממנו כדאיתא שם (בדף ק"ה) ואמר רבא הרי אמרו גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך · בעי רבא נשבע עליו מהו מי אמרינן כיון דאי מיגנב בעי שלומי ליה ממונא קא כפר ליה או דילמא השתא מיהת הא מנח ועפרא בעלמא ולא כפר ליה ממונא מילתא דבעי לרבא פשיטא ליה לרבה כו' ה"נ אף על גב דעפרא בעלמא הוא כיון דאי מיגנב בעי שלומי לו ממונא מעלמא השתא נמי ממונא קא כפר וכן פסק הרמב"ם פ"א מהל' שבועות הל' א' וכיון דהוכחתי דלגבי הגזל הוה ממונא מעלמא וכן לגבי הגזלן ולא הוה הפקר החמן הזה אף דעפרא בעלמא הוא כיון דאין שום אדם יכול לזכות משום דמפסיד לגזלן לא הוה הפקר לכן לאחר הפסח יכול הגזלן לומר הרי שלך לפניך כיון דלא הוה הפקר וגם ממונא הוא לגבי שניהם בין להנגזל בין להגזלן וכשהוא אמר הרי שלך לפניך מקיים והשיב את הגזילה כיון דממונא מעליא הוא לגבי שניהם · אבל בתוך ימי הפסח אף דיהיה הדין דיכול לומר הרי שלך לפניך נמצא דהוה ממונא לגבי שניהם לגבי הגזלן ולגבי הנגזל כדכתבתי דהוה ממונא לאחר הפסח אם יכול לומר הרי שלך לפניך זה אינו כיון דהפקירה התורה החמץ בתוך ימי הפסח אף שהוה ממון הרבה בודאי לא עדיפא החמץ בתוך ימי הפסח · אף שלכאורה הוא ממון הן מלד הנגזל מחמת מיגו דאם מיגנב או מיתבד הן מלד הגזלן ממון מעליא מחמת מיגו דיכול לומר הרי שלך לפניך לא עדיפא מממון גמור דהתורה הפקירה דממ"נ אף דהוה חמץ ממון מלד מיגו מ"מ הוא חמץ והתורה הפקירה בתוך ימי הפסח לכן לא שויא מידי ואיט יכול לומר הגזלן הרי ש"ל דלא מקיים מצות השבה · וכ"ת אמאי לא פשיט רבא ממתניתין הך בעיא דבעי (בד' ק"ה) דאיתא במתניתין דחמן שעבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך מוכח מזה דהוה ממון לגבי הנגזל מחמת מיגו דילמא מיגנב וכו' דאל"כ לא הוה יכול לומר הרי שלך לפניך כיון דלא הוה ממונא מעלמא לגבי הנגזל · דנוכל לדחות דממתניתין לא מצינן למפשיט דאף דלגבי הנגזל לא הוה ממונא מעליא מ"מ כיון דלגבי הגזלן הוה מעליא וקיים ביה מצות השבה כיון דלגבי דידיה ממונא הוא אבל לחייב חומש ואשם אם כפר דבהא בעינן שיהיה כופר ממון מעליא לגבי הנגזל וכיון שבחמן שעבר עליו הפסח לא הוה ממונא מעליא לגבי הנגזל לכן פטור מחומש ואשם אם כפר הגזלן על חמן שעבר עליו הפסח שגזל ממנו :

ומה שמבואר ברמב"ם בהל' פסח (פרק א' הל' ג') אינה לוקה משום לא יראה ולא ימצא אלא א"כ קנה חמן בפסח או חימצו כדי שיעשה בו מעשה הרי כתב הרמב"ם דחמן בפסח הוא בר קני' ולא הוי כהפקר · מיירי בקנה חמן מעכו"ם וחל זכות קניה בחמן זה דחמן של עכו"ם לא הוה הפקר וגם הלוקח זוכה בחמן זה דקניה ומה שעבר עליו בבל ימצא באין כאחד כעין שאמרו בגיטין (דף ע"ח ע"ב) גיטה ותליה באין כאחד · ולא תקשה על דברינו מב"ק (דף ס"ו) אתביה רב יוסף לרבה גזל חמן ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך והאי כיון דמטא עידן איסורא ודאי מייאש ואי ס"ד

יאוש קנה אמאי אומר לו הרי שלך לפניך דמי מעליא בעי שלומי ליה עכ"ל הגמרא · דלכאורה משמע דחמץ אף שבא זמן ביעורו שהכל מצווין לשורפו יכול לזכות הגזלן בהחמץ שאינה שלו ביאוש לפ"ז מוכח דחמץ אף שהגיע זמן ביעורו אף דהכל מצווין לשורפו מ"מ אינה כהפקר והוא דבר שיש לו זכיה · אך נראה לפי עניות דעתי דאין מזה קושיא על דברינו דבגמרא איתא והאי כיון דמטי עידן איסורה ודאי מייאש · דלכאורה צריכין להבין האיך מוכיח הגמרא דהנגזל ודאי מייאש כיון דמטי זמן איסורו מהיכי תיתי מתייאש מחמץ שלו · ולפ"ז לכאורה מוכח דהנגזל עובר על בל יראה ובל ימצא אף שמונח החמץ ברשות הגזלן לכן ודאי מייאש פירוש שמבטלה כדין ביטול חמץ וממילא הוה יאוש · אך הגאון בעל נודע ביהודה במהדורא קמא בס' כ' משיג דאין הנגזל עובר על בל יראה ובל ימצא מן התורה ומבואר עוד שם שאף מדרבנן ג"כ אינה עובר שאף שכתב הר"ן במפקיד וקיבל הנפקד אחריות שאף שאין המפקיד עובר בבל יראה מ"מ מדרבנן עובר ולכן הוא אסור אחר הפסח · ונראה דהיינו במפקיד שבידו לבערו ולכן הטילו עליו רבנן חיוב לבערו אבל נגזל שאין בידו לבערו ואינו ברשותו בשום דבר נראה דאפילו מדרבנן אין על הנגזל שום ביעור ושום חיובא · מ"מ נ"ל דאף לדבריו צריך הנגזל לבטל החמץ אליבא דכו"ע · דהא על זה אין שום מניעה להנגזל שיעכב שלא יבטל ומה שבכדי יכולתו מחויב לעשות וכיון אף לדברי הנודע ביהודה מחוייב עכ"פ הנגזל לבטל אליבא דכו"ע ומכ"ש לפי מה שכתב השאגת ארי' בס' פ"ה דחמץ שקיבל עליו הנפקד אחריות אין זה מגין ומציל על המפקיד מלעבור על בל יראה ובל ימצא אע"פ שהוא באחריות הנפקד וביתו אפ"ה המפקיד נמי עובר עליו כיון דעיקר הממון של המפקיד וכן דעת הרא"ש ובהא כו"ע מודים וכמש"כ ע"כ ועיין בתשובות פנים מאירות חלק ב' ס' ק"ס · ולפי דברי השאגת ארי' בודאי ניחא דברי הגמרא כשהגיע זמן האיסור בודאי מתייאש ומבטל כדי שלא יעבור על בל יראה ובל ימצא כיון דעיקר החמץ הוא של הנגזל דלפי טעם זה אין לחלק בין נגזל למפקיד כמו שכתב הנודע ביהודה דחד טעמא לתרווייהו ודמי הדדי דעיקר החמץ הוא שלהם ועובר על בל יראה ובל ימצא מן התורה לכן פריך הגמרא שפיר כיון דמטו עידן פירש קודם שהגיעו זמן איסורו · ומדויק בזה לשון הגמרא דמטא עידן ולא הגיעו עוד זמן איסורו · בודאי מייאש דצריך לבטל החמץ · ואם נאמר דקנו ביאוש הגזלן כדברי רבה אמאי יכול לומר הרי שלך לפניך הרי קנה ביאוש הגזילה ואף שיש לו זכיה בה · דביטול אינה מועיל רק קודם זמן הביעור לכן הוא בר זכיה מה שהנגזל צריך לבטל ומתייאש ממנה כדי שלא יעבור על בל יראה ובל ימצא וזה שכתבנו דחמץ בתוך הפסח הוה כהפקר גמור ואין לשום אדם זכיה בגוה אם ירצה לזכותה כתב כן הנודע ביהודה לדבר פשוט בס' כ' במהדורא קמא בחלק או"ח :

פרח ב

אך המקור חיים בס' תמ"ח ס"ק א' חלק על הנודע ביהודה שכתב בס' כ' דין אדם באחד שמת אחר שם ולא מכר ולא ביטל דאין היורשין חייבין לבער וגם מתירו אחר פסח דלאו ממון הוא להורישו לבניו וכתב על זה המקור חיים דלבבו לא כן ידמה דנראה דכל שאינו ממון מטעם דחמץ איסורי הנאה רחמנא אחשבה נגד בל יראה כאילו הוא ממון גמור ועשאו ברשותו ודוקא בנכרי שהביא דורון אינו חייב לבערו. דאפילו לא היה חמץ אילו לא היה רוצה לקנותו לא היה שלו דאין מקנין לאדם בע"כ אבל בירושה דאילו לא היה החמץ יורש שאמר אינו רוצה לירש אינו כלום אם לא שמפקירו רק מטעם שהוא חמץ וחמץ אחשבי' רחמנא לממון גמור ולפענ"ד דברי הנודע ביהודה נכונים בטעמם ונימוקו עמו דבכל דוכתא שמצינו אף דחמץ אינה ברשותו של אדם עשאו הכתוב כאילו ברשותו היינו דוקא היכא דקודם שהגיעו זמן איסורו החמץ היתה ברשותו רק מחמת איסור חמץ הפקירה התורה החמץ שיש לה בעלים בזה אמרינן דלענין בל יראה ובל ימצא ועשאו הכתוב כאילו הן ברשותו אבל היכא דהחמץ מעולם לא היתה ברשותו קודם זמן איסורו מחמת שהחמץ הי' להם בעלים אחרים ולאחר זמן איסורו אילו לא היה החמץ היתה באה ברשותו · ומחמת שהחמץ הפקירה התורה לא יכול לזכות בהחמץ מפני שהחמץ קודם זמן איסורו לא היה ברשותו לכן כשמת לאחר זמן איסורו שמעולם לא זכה בהחמץ קודם זמן איסורו לכן פסק שפיר הנודע ביהודה דהיורש אינה עובר עליו שבאופן זה לא מצינו בשום דוכתא שהכתוב עשאו כאילו ברשותו · לפ"ז נדחית הראיה שהביא המקור חיים לדבריו מדברי הגאונים הובא ברא"ש בפסחים ו' שכתבו בישראל שהפקיד אצל אחר וקיבל עליו אחריות דעובר הנפקד ואמאי הא כל נפקד בשעת היזקה הוא דבעי שלומי וא"כ אחר שנאסר בהנאה נפטר הנפקד מאחריות דעפרא בעלמא ולאו בר דמים · ואי משום סברת המגן אברהם בס' תמ"ג דחייב משום שפשע ולא מכר · כבר חלקו עליו הח"י והא"ר ע"ש · אלא ודאי דנגד בל יראה חשבינן החמץ לממון גמור · ולפי מה שכתבתי לעיל אין ראיה מדברי הגאונים נגד הבעל נודע ביהודה דהא בישראל שהפקיד אצל אחר וקיבל עליו אחריות ג"כ היתה ברשות הנפקד קודם זמן איסורו כיון שקיבל עליו אחריות ולכן אף שהגיע זמן איסורו לא אמרינן מחמת איסור החמץ יהיה יוצאת מרשותו דהכתוב עשאו כאילו ברשותו · אבל הך דינא דנודע ביהודה שמת לאחר זמן איסורו מעולם לא היתה החמץ ברשות היורש ולכן מונעת החמץ מלכנוס ברשותו כדכתבתי · זאת ועוד אחרת אני אומר דאם נאמר כדברי הבעל מקור חיים יהיה קשה דברי שולחן ערוך אהדדי דבחו"מ ס' שמ"א בס' ג' וד' פסק דאם הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאלתה ואין חייבין באונסה אפילו הניח להם אביהם אחריות נכסים דפסק כהרא"ש שפוסק כלישנא בתרא בריש הגוזל בתרא וכרב פפא שם · דלא רמי חיוב אונסין על השואל עד שעת אונסין · והכא כשהניחו ליתא לשואל עיין שם בש"ך ובסמ"ע ובבאור הגולה שם ובס' שס"ג ס"א פסק אם גזל מטבע ונפסל במדינה זו והרי הוא יוצא במדינה אחרת או שגזל פירות והרקיבו מקצתם או תרומה ונטמאת או שגזל חמץ ועבר עליו הפסח או בהמה ונעבדה בה עבירה או נפסלה מליקרב או שהיתה יוצאת לסקל אומר לו הרי שלך לפניך ומחזיר אותה בעצמה · ואחר זה בס' ב' מבואר במה דברים אמורים בשהחזיר הגזלה אבל אם נשרפה הגזלה או אבדה אחר שנאסרה בהנאה חייב להחזיר לו' דמי' כשעת הגזילה · ולפי דברי המקור חיים יהיה קשה מפני מאי פסק השולחן ערוך דאם נשרפת הגזלה או אבדה חייב לשלם כשעת הגזלה הא כיון דפסק השולחן ערוך דלא רמי חיוב אונסין על השואל עד שעת מיתה והכא בשעת שנשרפה או אבדה לא היה שוה כלום דהמטבע נפסלת והפירות הרקיבו והתרומה נטמאת וכדומה לזה וכיון דבשעת ההיזק לא היה שוה מידי אמאי מחויב לשלם כי חיוב אחריות הגזלן בא בשעת אבידה · וכ"ת דלגבי גזלן שאני דבשעת שגזלה קמה מעתה ברשות הגזלן ורמי חיוב אונסין בעת שגזלה על הגזלן כדכתב התוספות ב"ק (דף י"א ע"א) ד"ה אנן וכו' · לכן פסק השולחן ערוך שפיר אם נגנבה או נאבדה חייב לשלם הגזלן כשעת הגזלה · דהא הש"ך שם כתב דבכל השומרים הדין כן עיין שם בס"ק ז' וכתב בסתימת דאומרים בכל איסורי הנאה הרי שלך לפניך גבי שומרים ובמהרש"ל ב"ק (דף פ"ט) ס"כ מבואר להדיא וז"ל הלכך בכל איסורין שבעולם וכן בעין ולא נאבדו אומרים הרי שלך לפניך גבי גזלן ולא גבי שומר וע"ז חלק הש"ך ואומר שגם בכל השומרים הדין כן דנוכל לומר הרי שלך לפניך · דמשמע דאם נאבדו או נגנבו דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך מחויב השומר לשלם · זאת ועוד אחרת דלפענ"ד דלא נוכל לחלק כלל בין גזלן לשומר בזה הדין דהא איתא בכתובות (דף ל"ד ע"א) על הך הברייתא דמייתי הגמרא (בדף ל"ג ע"ב) שם והתניא גנב וטבח בשבת וכו' גנב שור הנסקל וטבחו

משלם

משלם תשלומי ארבעה וחמשה דברי ר' מאיר ופריך הגמרא שור הנסקל. לאו דידיה קא טבח פירוש דהא איתסר בהנאה על בעליו ומההיא שעתא אפקידי מיניה דאם איתא הדרא בעינא ולאו דמרא הוא עיין שם ברש"י ד"ה לאו ומסקי הגמרא אמר רבה הכא במאי עסקינן כגון שמסרו לשומר והזיק בבית שומר ונגמר דינו בבית שומר וגנבו גנב מבית שומר ור"מ סבר לה כר' יעקב וסבר לה כרבי שמעון סבר לה כר' יעקב דאמר אף משנגמר דינו החזירו שומר לבית בעלי' מוחזר וסבר לה כר' שמעון דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי ופירוש רש"י ע"ז בד"ה כממון דמי והאי נמי אע"ג דלא שוית מידי גורם לממון הוא דכי ליתא בעי לשלומי ליה תורא מעליא וכו' עכ"ל רש"י וללישנא בתרא דרבא דאיתא בב"ק (דף ק"ב) ולרב פפא שם וגם בכתובות שם בל"ד ע"ב דלא רמי חיוב אונסין על השואל רק בשעה דמטי לה אונסין הוא דאתי חיוביה עלי' ולא משעת שאלה עיין שם לפי דברי המקור חיים הנ"ל יהיה קשה לאלו האמוראים · היינו לישנא בתרא דרבא ולרב פפא שם סברייתא · דמחויב השומר כשנגנב או נאבד אחר שנאסר בהנאה· דמה שנאסר בהנאה אינו מחויב לשלם השומר · דיכול לומר הרי שלך לפניך · ומה שנגנב או נאבד אח"כ ג"כ אינה מחויב לשלם השומר כיון דבשעת הזיקה רמי חיובה דאחריות עליו ובשעה שנגנב או שנאבד לא הוה שוית מידי שכבר נאסר בהנאה כדברי המקור חיים הנ"ל · ולא נוכל לומר כדמסיק התם דלענין בל יראה ובל ימצא החמץ הוא ברשותו דזה לא שייך למימר הכא · אלא ודאי הא דמחויב לשלם השומר כשנגנב או נאבד דכיון דלא כלתה שמירתו מזה הדבר אף שנאסר בהנאה הוא מחויב לשומרו · דהא מבואר בגמרא ובפוסקים הנ"ל דהא דפטור השומר היינו דוקא היכא דהוא בעין שיכול לומר הרי שלך לפניך · ולכאורה צריכין להבין מפני מה מחויב לשומרו וכ"ת דאיתא בב"ק (דף ק"ו ע"ב) אתביה ר' אבא בר ממל לר' חייא בר אבא כי יתן איש אין נתינת קטן כלום ואין לי אלא שנתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא קטן נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול מניין ת"ל עד האלקים יבא דבר שניהם עד שתהא נתינה ותביעה שוין כאחד ולפ"ז אף שנכתב בתורה כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים דבעינן שיהיה שוה מה שנתן לשומרן שתי מעות כסף· או כלים שהוא דבר חשוב סגי אף בשוה רק פרוטה עיין בחו"מ ס' ש"א ברמ"א שם ולכו"ע בעינן לכל הפחות שיהיה שוה פרוטה אף להפוסקים דסוברים שם דבשבועת השומרים לא בעינן שתי כסף מ"מ פרוטה בעינן דאם אינה שוה פרוטה אינה בתורת שמירה · מ"מ הכא בשעה שנתן לשומרה היה שוה שני כסף ולכו"ע הוא בתורת שמירה אף שאח"כ נאסר בהנאה ולא שוה שתי כסף או פרוטה לא איכפת לן דהא מצרכינן מיעוטא אחרינא למעט היכא שנתן כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול אבל בלא מיעוטא לא הוה ידעינן זאת · לפ"ז נוכל לומר דהא דבעינן שתי כסף או פרוטה לכו"ע היינו דוקא בתחילת השמירה בעת שנתן לשומרה אבל אם אח"כ הוזלה כגון שנאסר בהנאה מחוייב השומר מדין השמירה כל אחד ואחד מהשומרים לפי דינו דהא לא נכתב בתורה מיעוטא אחרינא דבעינן אף בסוף השמירה שיהיה ג"כ שוה שתי הכסף או פרוטה לכו"ע · אך זה אינו דאף אם האמר כן דלא בעינן שיהיה בסוף השמירה שוה פרוטה מ"מ בודאי בעינן שיהיה שוה קצת · אבל היכא שנאסר בהנאה דלא שוית מידי והוה כלית ביה מששא כלל כדאיתא בב"ק בשני מקומות דהוה כעפרא בעלמא והבאתיו לעיל · מצד הסברא נותן שאין מחויב לשומרה אחר שנאסר בהנאה · לכן נ"ל דהא דמחויב לשומרה דכיון דאם אינה בעין אחר שנאסר בהנאה כגון שנגנבה או נאבדה אח"כ מחויב השומר לשלם דמים מעליא כמו שהיה שוה בעת תחילת השמירה · לכן הוה ממונא לגבי שניהם הן לגבי הבעלים הוה ממונא כיון דאילו מגנב או מיתבד בעי שלומי דמי מעליא לפיכך הוה ממונא לגבי הבעלים כדאיתא בב"ק (דף ק"ו) דהוה מפני זה ממונא לגבי הנגזל וגם לגבי השומר הוה ממונא דאם אינו יכול לומר הרי שלך לפניך מחויב לשלם כקודם שנאסר בהנאה כדאיתא בכתובות הנ"ל כמו שכתבתי בפס"ק גבי גזלן דהוה ממונא דידיה מפני זה והבאתי ראיה לזה · ולכן כיון דגבי שניהם הן לגבי הבעלים והן לגבי השומר הוה ממונא לכן לא כלתה שמירתן · וכ"ת מפני מה חייב השומר לשלם כשנגנב או שנאבד דהא לא רמי אחריות עליו עד שעת ההזיקה ובאותה שעה לא היה שוית כלום · צריכין אנו לומר כיון דתחילת השמירה היתה באופן שאם יאסר בהנאה ואח"כ יהיה נגנב או נאבד יהיה מחויב לשלם דמי מעליא בא החיוב אחריות על השומר בעת שנאסר בהנאה כיון דנשתנה הדבר ממה שהיה בתחילת השמירה לכן נתחייב באחריותן בעת הזאת שאם יגנב או יאבד אח"כ יהיה מחויב לשלם דמים מעליא אף דפטור השומר מלשלם על מה שנאסר בהנאה דהיזק שאינו ניכר הוא · מ"מ כיון דנשתנה קצת הוטלה החיוב אחריות על השומר בעת ההיא · והוה כאילו פירש בהדיא שהחיוב אחריות יתחיל קודם שנאסר בהנאה כשאר דיני שמירה · וכ"ת הא לא פירש בהדיא זה אינו דהא כל דיני שומרים כל אחד ואחד לפי דינו ואין דין של אחד דומה לחבירו כגון שואל ושומר חנם יש חילוקים הרבה בדיניהם ואפילו נתן ע"ס לחבירו ע"ס לשמור ולא דברו פרטי אופני השמירה בכל זאת מחויב השומר באחריות כל אחד ואחד לפי דינו אף אם לא פירש דבסתמא הוה כפירושם כמו שחייבה התורה כל אחד ואחד כפי דינו לכן גם בדין זה דהוטל חיוב אחריות על השומר קודם שנאסר בהנאה דכיון שנשתנה קצת ממה שהיה בתחילת השמירה בסתמא הוה כאילו פירש בהדיא שיהיה חייב אחריות כך · לפ"ז דברי הגאון בעל נודע ביהודה נכונים בטעמם · ויש ראיה ברורה מגמרא דפסחים (דף ה' ע"ב) שלא כדברי הגאון בעל מקור חיים · דאיתא התם כי הא דאמר להו רבא וכו' כיון דאילו מגנב ואילו מיתבד ברשותייכו קאי ובעי לשלומי כדלכון דמי ואסור הניחא למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי אלא למ"ד לאו כממון דמי מאי איכא למימר · שאני הכא דאמר לא ימצא איכא דאמרי הניחא למ"ד דבר הגורם לממון לאו כממון דמי · היינו דאצטריך לא ימצא אלא למ"ד כממון דמי לא ימצא למה לי איצטריך ס"ד אמינא הואיל וכי איתא הדר בעיניה לאו ברשותי' קאי קא משמע לן · וכ' הרא"ש ושמעינן שאם קיבל הנפקד אחריות עובר בבל יראה ובל ימצא ומשום זה צריך לבער דודאי דאם לא היה עובר בבל יראה ובל ימצא לא היה צריך לבער · אך הביאו הגאונים ראיה ממכילתא שאין המפקיד חייב בביעורו עיין ברא"ש שם · וכיון דאיתא בהדיא דהוה ממונו של השומר אף דכבר נאסרה בהנאה כיון דאילו מיגנב או מיתבד מחויב לשלם דמי מעליא כדכתבתי לעיל לשון הגמרא בודאי הנפקד עובר בבל יראה ובל ימצא אף שכבר נאסר בהנאה והאיך מביא המקור חיים ראיה מדברי הגאונים האלו בשמה נגד הבעל נודע ביהודה · דהא התם לא שייך טעם זה כדכתבתי · וצריכין אנו לומר דהמקור חיים היה סובר שדעת הנב"י דאין חייב השומר אם נגנב החמץ אחר זמן איסורו היה לו להקשות על דברי הנודע ביהודה מהגמרא דפסחים הנ"ל האיך שייך גבי שומר קבלת אחריות דהא בשעת ההיזק לא שוית מידי ועד בשעתא דאיתרמי ההיזק לא רמי חיובי דאחריות עליו אבל העיקר שאם נגנב או נאבד מבית השומר חייב השומר לשלם דמים מעליא כדאיתא בכתובות הנ"ל בהדיא לכן הנפקד עובר על בל יראה ובל ימצא ואין מזה שום שייכות בשמה נגד דברי הנודע ביהודה כדכתבתי ועפר ואפר אני תחת כפו' של הגאון בעל מקור חיים אך בזה הדבר אנכי איני מבין את דעתו ואנכי כותב רק להתלמד כדרך התלמידים השונים :

עוד כתב הבעל מקור חיים ראיה נגד הבעל נודע ביהודה מפסחים (דף מ"ז) דחשיב ט"ה לממון וט"ה הוא מה שנותנים לו שיתן לבן בתו כהן ובחמץ ודאי לא יתנו לו עבורו · אלא ע"כ דחמץ אחשבה רחמנא · גם בזה איני מבין שיטת דמרן הבעל מקור חיים · דהא התם בפסחים אי אמרינן ט"ה ממון הוה ממונו של הבעלים החלה שהפריש

בעוד שעדיין לא נתחמצה דהא בעת שהפרישה החלה לא נתחמצה העיסה כדאיתא שם כאשר יראה הרואה בסוגיא דשם · לכן הוה החלה של הבעלים שהפרישו כמו שאר עיסה וכמו שעוברין הבעלים של העיסה אם נתחמצה על בל יראה ובל ימצא · כך עוברין על החלה שהפרישו הבעלים והחמיצו ואין ביניהם שום הפרש כלל אי אמרינן ט"ה ממון · ומה שכתב עוד המקור חיים דנהי דהוא חמץ של הפקר כשהוא מונח ברשותו חייב לבער כדמוכח מירושלמי הנ"ל כו' נוכל לומר דמיירי שהחמץ של המורים לא היה מונח בביתו של המורים או שהיה בעיר אחרת בביתו של המורים באופן שלא יוכל להביא בפסח לבער החמץ שהיה רחוקה מהיורש והבית אשר שם הניח החמץ לכן מותר החמץ כיון דאינו יכול לבער וגם על בל יראה ובל ימצא לא עבר כיון שאינה ברשה וגם הא מבואר בדברי הבעל מקור חיים הנ"ל בזה הס"ק דהטעם של הירושלמי שהחמץ שהפקיר אסור לאחר הפסח משום כיון דעבר על מה שחייבוה חכמים בביעור לכן קנסוהו רבנן כיון דעבר על דבריהם משא"כ הכא שחמץ כזה לא חייבוה חכמים לבער דהא מעולם לא היתה החמץ שלו ולא חייבו חכמים מעולם בביעור · לכן מותר החמץ כשמת המורים אחר שם · ומה שכתב עוד הבעל מקור חיים שם דגם הפני יהושע כתב דאפילו בעשה דתשביתו עובר בחמץ של הפקר · ולפ"ז היכא שמת המורים אחר שם אף של דברי הבעל נודע ביהודא החמץ הוא של הפקר מ"מ היורש חייב בביעורה · שתי תשובות בדבר חדא דהא הבעל מקור חיים השיג על הפני יהושע · שנית דהא הפני יהושע בעצמו כתב דאם אין אפשר לבער כגון שנפלה עליו מפולת או כגון שאין הוא אצל החמץ אינו חייב לבער · ובזה יכולין אנו ליישב מה שהביא ראיה השואל בס' תל"א בדין בדיקה וביטול נגד הפני יהושע מהא דאמרינן שני דברים אינן ברשותו ועשאן הכתוב כאילו ברשותו ולדבריו מאי עשאן הכתוב שייך כיון דאפילו הפקר גמור עובר · דנוכל לומר דהכתוב עשאו כאילו ברשותו אף אם אינו מצוי אצל החמץ ואנשים אחרים מצוים אצלו · והוה אמינא דלא יעבור · לכן אמרינן דעשאן הכתוב כאילו ברשותו דאף כשאין רואה החמץ ואחרים רואין אותה מחויב לילך ולבער ואם אינו מבערו עובר בבל יראה ובל ימצא · לפ"ז אף לפי דברי הפני יהושע היכא שמת המורים והיורש רחוק מן הבית אשר החמץ מונח שם באופן שלא יכול להוליך ולבער בתוך ימי הפסח אינה עובר בבל יראה אף לפי דברי הפני יהושע וגם הפני יהושע בעצמו כתב כן רק לפי שיטת קצת מן הפוסקים אבל לפי שיטת הפוסקים דקי"ל כותייהו גם הפני יהושע כתב דאין חייב לבער החמץ של הפקר · העולה מזה ומהפרק הקודם דדברי הנודע ביהודא מיוסדים על אדני אמת ומה שהשיג עליו המקור חיים כתבתי ליישב השגה שלו · לכן אם מת המורים אחר שם אינה מחויב היורש לבער וגם העליתי דבחמץ אין לאדם שום זכיה אם רוצה אדם לזכות חמץ של ישראל · אבל חמץ של עכו"ם יכול לזכות בה כמבואר ברמב"ם פ"א דחמץ שיכול לקנות חמץ בפסח והבאתי לעיל וכתבתי דמיירי שקנה חמץ של עכו"ם · וכעת הביא עוד ראיה לזה מדברי הר"ן פרק ג' דע"א על הגמרא שאחר המשנה כלים ועליהם צורת חמה וכו' בד"ה ומצא וכו' ומכאן לחמץ בפסח של עכו"ם שאפשר לישראל לזכות בו הוה חמץ של ישראל ואסור לעולם עכ"ל הר"ן בחידושיו על רב אלפס שם · גם העליתי בפרק הקודם שדברי החק יעקב בס' תמ"ג נכונים המה דאם גזל חמץ בתוך הפסח אינו יכול לומר הרי ש"ל ומה שהשיג עליו הקצות החושן כבר ישבתי. וגם העליתי בפרק הקודם שגם בשומרים הדין כן דיכולין לומר באיסורי הנאה הרי שלך לפניך וזה הדין היינו דוקא היכא שהוא בעין אבל אם נגנב או נאבד בבית השומר מחויב השומר לשלם כפי מה שהיה שוה בתחלת שמירתו והבאתי ראיה ברורה לזה מהגמרא עיין שם · גם העליתי בחמץ של הפקר אם אינה מצוי אצלו ומצוי אצל אחרים בודאי אינו עובר הא־ם שאינו מצוי אצלו החמץ לכו"ע ובזה נסתלק השגה השניה של המקור חיים על הפני יהושע ולפי מה שישבנו דברי הח"י יתורץ ג"כ ק' הפני אריה הנ"ל שהבאתי בריש פרק א' דמאחר דכל אדם מצווים עליו לבערו בתוך הפסח כאשר ביארנו א"כ הכל נקראים בעלים אצל זה · ומש"ה חמץ אינה בב"א אף דיכול לבטל · דמאחר דכולם יכולים לבערו א"כ · כולם יכולים ג"כ לבטל :

פרח ג

ועוד נ"ל לתרץ קושיות הקצות החושן בס' שמ"ג שהקשה על חק יעקב דאם גזל חמץ אינו יכול הגזלן לומר בתוך הפסח הרי שלך לפניך והקשה ע"ז אי היזק שאינו ניכר הוא ולאו שמיה היזק אמאי אינו יכול לומר בתוך הפסח הרי שלך לפניך ואי היזק ניכר הוא אמאי לאחר הפסח יכול לומר הרי ש"ל הא קנו בשינוי ועיין לעיל בפרח א' שם תמצא הקושיא באר היטיב · אך כעת יגעתי בדבר השדם לתרץ אמאי לאחר הפסח יכול לומר הגזלן הרי שלך לפניך הא קנו בשינוי והיכא דקני בשינוי משלם כשעת הגזלה · ונ"ל דמפני זה יכול לומר הרי שלך לפניך לאחר הפסח משום דאף דקונה הגזלן הגזלה בשינוי · היינו דוקא כשרוצה לקנותה בהאי שינוי הגזלה אבל הכא שאין רוצה לקנות החמץ בפסח כדאיתא בב"ק (דף ס"ו ע"א) אתביה רב יוסף לרבה גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך והאי כיון דמטי עידן איסורה ודאי מייאש ואי ס"ד יאוש קנה אמאי אומר לו הרי שלך לפניך דמי מעליא בעי שלומי ליה א"ל כי קאמינא אנא זה מתיאש וזה רוצה לקנות האי זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות עכ"ל הגמרא · ולפ"ז לא קנה הגזלן בשינוי בתוך הפסח אף דהוה כהיזק הניכר משום דהגזלן אינו רוצה לקנות החמץ בפסח · אך נוכל לומר דקנינים לא דמי הדדי דמשכחינן דידו של אדם קונה אף שאינו רוצה לקנותה כדכתב רש"י בביצה (דף ל"ט ע"ב) בד"ה המגביה מציאה לחבירו כו' דרב נחמן סובר דלא קנו המגביה דלאו אדעתו ליקנו כו' ורב ששת סובר קנה המגביה תחילה כו' עכ"ל רש"י הגם שבתוספות שם ד"ה הכא לא ס"ל כן וכן כתב התוס' ב"ב (דף כ"ד ע"א) ד"ה אדעתו וכו' ומזה התוס' הוכיח המשנה למלך דידו של אדם אינה קונה לו אם אינו רוצה לקנותה · אך מהתוס' ביצה לא זכר שם · וכן כתבו התוס' בעירובין (דף ל"ז ע"ב) ד"ה הכא · אבל לרש"י קונה לו ידו אף שאינו רוצה לקנות לרב ששת · והכא אמר רבה דאם אינו מכוון לקנותה ביאוש לא קנו · הרי חזינן דאין כל הקנינים שוין הדדי דזה לכאורה דוחק לומר דפליגי רב ששת עם רבה בהא ועיין בחו"מ בס' ר' סעיף ז' ברמ"א וי"א דכל זה כשמדד המוכר אבל אם מדד הלוקח קנה בכל ענין דמדידתו הוי כמשיכה ויש חולקין והן הן הדברים כתבם המחבר והרמ"א בס' א' ועיין בביאורי הגר"א בס"ק כ"ו ויש חולקין דגלי דעתיה שאינו רוצה לקנות אלא במדידה וכמ"ש בפ"ק (דב"מ ד' ע"ז) וכ"מ לשון הגמרא · והקשה על זה בט"ז סעיף א' דקשה דבס' רע"ה סעיף א' בדברי המחבר דכתב דחזקה לא מהני במקום שלא נתכוון לקנות וכן מוכח ממ"ש רבינו ס' קל"ד ס"ה ולא לשום קניה ומה שתירץ שם הט"ז הוא דחוק · אבל לפי דברינו יתישבו קושיות הט"ז · דאין כל הקנינים שוין בדיניהם · וידו של אדם הוא קנין חשוב כידוע · לכן מהני אף שאינו רוצה לקנותה · ומצינו קנין שנקנית בע"כ כגון גט אשה שצריכה לזכות לפי דברינו למעלה בכפתור הקודם · וגם אי"ה אכתוב לקמן מזה וכן מצינו שהיורש יורש בע"כ ואפילו עומד וצווח שאינו רוצה לירש וכן מצינו ביבמה שהיא נקנית בע"כ ביבמות (דף נ"ד) וכן מצינו באמה העבריה שנקנית בע"כ עיין בקדושין (דף ה') מה להנך שכן ישנן בע"כ וכ"ת כסף נמי בע"כ באמה העבריה באישות מיהא לא אשכחן · דוק ותשכח ותמצא עוד קנינים שקונים בע"כ · לכן אין רחוקה זאת לומר

לומר דידו של אדם קונה שלא מדעתו אף אם אינה רוצה לקנותה· ולפ"ז יתיישב קושיות הט"ז דאף דקנין חזקה לא מהני אם אינה רוצה לקנותה מ"מ ידו של אדם קונה אף אם אינה רוצה לקנותה אף דמשיכה אינה קונות אלא מדרבנן · והכא הקנין ע"י משיכה הוא ומצינו בב"מ (דף י') דקנין דרבנן אם גלי דעתיה שאין רוצה לקנותה בזה הקנין לא קנה · י"ל היינו דוקא בקנין דרבנן שלא בא ע"י ידו אבל היכא דהקנין בא ע"י ידו כגון משיכה כי הכא כקנין דאורייתא חשיבה הקנין שבא ע"י ידו · וה"נ בקנין דרבנן שבא ע"י ידו ג"כ חשובה וקונה לו אף אם אינו רוצה לקנותה דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון · לאחר כתבי זאת ראיתי להמחנה אפרים שמבאר עיין בזה בה' משיכה סי' ד' · היוצא מדברינו דנוכל לומר שאין כל הקנינים שוין בזה קנינים שקונה אף אם אינו רוצה לקנותה · ולכן אין ראיה מהגמרא ב"ק הנ"ל דגזלן לא קנו בשינוי אם אינה רוצה לקנותה כמו שאמרינן בקנין יאוש בב"ק הנ"ל כיון דאין כל הקנינים שוין · ונראה להביא ראיה דקנין מה שקונה הגזלן ע"י שינוי הוא קנין חשובה וקונה אף בשקנין אחר לא מהני אבל בקנין שינוי קני · דכתבו התוס' בב"ק (דף כ' ע"ב) ד"ה נהנה וכו' על הא דמביא שם הגמ' המשנה דמעילה השנויה (בדף כ') נטל אבן או קורה של הקדש הרי זה לא מעל נתנה לחבירו הוא מעל וחבירו לא מעל בנאה לתוך ביתו הרי זה לא מעל עד שידור תחתיו שוה פרוטה ואמר שמואל והוא שהניחה על פי ארובה · וכתב ע"ז התוספות שם בפ"ק דחגיגה (דף י') פריך מכדי מגזל גזלה מה לי הוא מה לי חבירו ומשני באבני בנין המסורות לגזבר עסקינן וא"ת וכו' וי"ל דאין אדם מועיל אלא במתכוין להוציא מרשות מי שהוא והכא הוא סבר שלו הוא עכ"ל התוס' · והא דאוקמא שמואל והוא שהניחה על פי ארובה מבואר במעילה (דף כ' ע"א) למה לי עד שידור תחתיה כיון דקניא מעל · ועל זה משני שמואל והוא שהניחה על פי ארובה מוכח מזה אף דמיירי באבנים המסורות לגזבר דקסבר שהם שלו · מ"מ פריך הגמרא דקניא בשינוי ובקנין חזקה אמרינן ביבמות (דף נ"ב ע"ב) אמר רב יוסף מאי טעמא דרבי עקיבא כעודר בנכסי הגר וקסבר שלו הן דלא קני (וכן פסקו בחו"מ בס' רע"ה ס' ה') הרי חזינן דקנין שינוי מעשה עדיפא מקנין חזקה לפ"ז נוכל לומר דאף דיאוש קונה בגזלן דוקא ברוצה לקנותו · מ"מ בשינוי קנה אף אם אינו רוצה לקנותה · וכ"ת דלענין מעילה לא בעינן שיהיה מתכוין לקנותן דהא בשוגג ג"כ מעל משום הכי פריך הגמרא שפיר דקני בשינוי מפני מה בעינן שנתן לו חבירו הא מעל בשבינה אע"פ שסבר שהוא שלו כיון דבמעילה לא בעינן שיהיה מתכוון דהא אף בשוגג מעל אבל בעלמא לא קנו הגזלן בשינוי אלא דוקא כשמתכוון לקנותה · זאת לא נוכל לומר דהא כתב השיטה מקובצת בב"מ (דף נ"ו) ד"ה בשל וכו' ותירצו דמיירי בשהגביה ואפי"ה לא מעל שאינו מתכוון בהגבהה זו להוציאה מרשות שהן בתחילה דקסבר הוא שהן שלו וה"ל כגזבר שנתן האבן או קורה של הקדש שלא מעל עכ"ל הריטב"א · ולא דמי לנהנה הקדש בשוגג דמעל דהתם אע"ג דשוגג הוא אגב הקדש מ"מ מתכוין הוא להוציאה מרשות מי שהן · תלמיד הר"פ ז"ל כו' עכ"ל השיטה מקובצת · לפ"ז מוכח מהך סוגיא דמעילה ומחגיגה דעדיפא קנין שינוי מקנין חזקה · וכיון שכן אין ראיה מב"ק (דף ס"ו) דשינוי אינה קונה אם אינו רוצה לקנותה כדכתבתי · ונראה לי לתת טעם לזה המפני מה עדיפא קנין שינוי בגזלן משאר קנינים אך מקודם צריכין אנו ליתן טעם מפני מה גזלן קונה בשינוי ולא בשאר דברים שיבואר לקמן :

פרח ג אות ב

וקודם שאברר זאת צריכין אנו לברר אי שואל קונה בשינוי או לא · ולכאורה יש ראיה דקונה בשינוי מהא דאיתא בב"מ (דף צ"ח ע"א) רבי חייא בר אבא אמר ר' יוחנן הא מני ר' מאיר היא דאמר כל המעביר על דעת של בעה"ב נקרא גזלן הי ר' מאיר אילימא ר"מ דצבע דתנן הנותן צמר לצבע לצבוע לו אדום וצבעו שחור שחור וצבעו אדום רבי מאיר אומר נותן לו דמי צמרו ר' יהודה אומר אם השבח יתר על הוצאה נותן לו את היציאה ואם היציאה יתירה על השבח נותן לו את השבח ממאי דילמא שאני התם דקנו בשינוי מעשה פירש רש"י ע"ז בד"ה בשינוי בשינויא מכמו שהיה ואיכא למ"ד שינוי קונה וכו' וכן משמע מדברי התוספות דב"ק (דף נ"ה ע"ב) ד"ה שבחה וכו' ור"ת מפרש כו' והא דלא קני בצבע (פירוש לרבי יהודה) לפי שאין מתכוין לקנותה עכ"ל התוס' וזה לא מצינו דר' יהודה סובר דעובר על דעת בעה"ב נקרא גזלן דבגמרא ב"מ לא משכח ר' יוחנן מאן דסובר דנקרא עובר על דעת בעה"ב גזלן אלא ר' מאיר וגם הגמרא מוכיח דמאיזה מקום מוכח דר' מאיר סובר כן מהנותן צמר לצבע ור' יהודה פליג בזה על ר' מאיר · נמצא לפ"ז סובר ר' יהודה דלא נקרא גזלן אם עבר על דעתו של בעה"ב ואפי"ה כתבו התוס' דהטעם דלא קנו בשינוי לר' יהודה גבי הנותן צמר לצבע משום דאין מתכוין לקנותה אבל אם נתכוין לקנותה קני בשינוי אף דאינו נקרא גזלן · ועיין בפירוש המשניות להרמב"ם על הך משנה דהנותן צמר · לכאורה גם מדבריו משמע כן · נלפענ"ד להביא ראיה ברורה מב"ק (דף צ"ה ע"א) והלכתא אין שמין לא לגנב ולא לגזלן אבל לשואל שמין [פירוש דאם נשברה הגניבה או הגזלה אין שמין השברון לבעלים אלא ישלם כלים מעולים והשברים שלו] עכ"ל הגמרא ופירושה · וכתב התוספות הטעם דגנב וגזלן קנו מיד כשהוציאו מרשות הבעלים ומ"ד דסבירא ליה דאף לשואל אין שמין הטעם ג"כ דקונה מיד כשהוא שואל (ובדף נ"ד ע"א) איתא אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כר"ש בן אלעזר [פירש דשינוי אינה קונה] ופריך הגמרא הא אמר שמואל אין שמין לא לגנב וכו' אלמא סבירא ליה דשינוי קונה · וצריכין להבין דברי הגמרא מאי פריך הא התוספות כתבו הטעם דאין שמין משום דקני הגנב והגזלן בשעת שהוציאו מרשות הבעלים · ונוכל לומר דסבירא לכו דשינוי אינה קונה ואפי"ה אין שמין וצריכין אנו לומר דהכל חדא טעמא הוא דעיקר הטעם הוא דשינוי קונה כדכתיב אשר גזל כעין שגזל יחזיר · אך מפני מה שינוי קונה דוקא גבי גזלן ולא בשאר מקומות משום דהגזלן קני מיד בשעת שהוציא מיד הבעלים · לפ"ז לפי מאי דמסיק דהלכתא דלשואל שמין מזה מוכח דשואל לא קני בשינוי משום דלא קני החפץ באותה שעה · ומה שהבאתי ראיה מב"מ (דף ע"ח) דגם אומן קונה בשינוי אף דלא נקרא גזלן ממאי דאמרינן שם שאני התם דקני בשינוי מעשה · ראיתי להר"ן בחידושיו לב"מ שכתב שם בד"ה ודלמא וכו' וא"ת מ"מ שפיר משמע מינה דגזלן הוא דאי לאו הכי היכי קנה בשינוי וכי שינוי קונה למי שאינו גזלן · וי"ל דה"ק לעולם אימא לך דמי שאינו מתכוין לגזול אלא להעביר על דעתו של בעל הבית בלבד אינו גזלן אבל זה כיון שבינה מעשיו מוכיחין שלגזול הוא מתכוין ולא מעביר על דעת של בעל הבית בלחוד הוא אלא גזלן גמור ויכול להיות שגם כוונת רש"י שם ב"מ כן והו"ק · וגם מהתוספות ב"ק הנ"ל שהבאתי דאומן קונה בשינוי ג"כ אינה ראיה דכוונת התוספות במה שכתבו דאינו מתכוין לקנותו פירושו שאינה מתכוין לגזול בזה השינוי ואינו מתכוין להוציאן מרשות בעלים לקנותה להביאו לרשותו משו"ה ס"ל לר' יהודה דלא קני האומר · ולפ"ז יהיה דברי רש"י והתוספות והר"ן עולים בקנה אחד · ואדרבה יש ראיה מדברי הר"ן להיפך דדוקא גזלן קונה בשינוי אבל שואל או אומן או כדומה לזה לא קנו בשינוי וכן פסקו בחו"מ ס' ש"ו ס"ג ועיין גם בש"ך בס"ק ו' מה שמתרץ דברי הרמב"ם וכן הן דברי המחבר דשם · וכיון שביארנו טעם הדבר הא דקונה גזלן בשינוי משום דקני החפץ שגזל תיכף כשהוציאו מרשות הבעלים רק שאח"כ מחויב להחזיר החפץ אם הוא בעין כדי לקיים מצות השבה ואם נשתנה מכמו שגזל אינו

מחויב בהשבה כדכתיב והשיב את הגזילה כעין שגזל יחזיר לפ"ז נוכל לומר דאף אם אינו רוצה הגזלן לקנות בשינוי מ"מ הוא קונה מפני שכבר קנה תיכף כשגזל בעת שהוציא החפץ מרשות הבעלים. רק דמחוייב לקיים מצות השבה להשיב כעין שגזל כדכתבתי ומטעם זה אינו דומה לשאר קניינים שאינו קונה הלוקח או המקבל מתנה · וכדומה לזה אם אינו רוצה לקנותה וכדהבאתי ראיה מדברי התוספות דב"ק (דף כ') שהקנין שינוי עדיף משאר קניינים שקנין שינוי קונה אף כשהוא סובר שהוא שלו לכן נוכל לומר דגם בזה עדיף שהוא קונה בשינוי אף אם אינו רוצה לקנותה · אך כיון דבררתי לעיל שדוקא גזלן קונה בשינוי אבל במקומות אחרים לא קני בשינוי ובב"ק (דף כ') מיירי דקסבר שהם שלו כדכתב התוספות שם וא"כ לא הוה גזלן אמאי פריך בגמרא דמעילה אמאי הא קני בשינוי הא לאו גזלן הוא ונוכל לומר דמתניתין דמעילה הוא סתמא ואתיא כר"מ ור"מ סובר גבי נותן למר דאף אם אינו מתכוין לגוזלה כיון שמעביר על דעתו של בעל הבית נקרא גזלן כדמסיק הגמרא (בב"מ דף ע"ח) וכדמוכח מהתוספות דב"ק (דף נ"ה) בד"ה בשבח · לחד תירוצא דהם עיין שם וגם נוכל ליישב אליבא דרבי יהודה דיש לחלק בין מעילה לשאר דוכתיה ודו"ק :

היוצא מדברינו שנוכל לומר דגזלן קונה בשינוי אף אם אינו רוצה לקנותה · וגם נ"ל להוכיח כן דרב יוסף סובר ביבמות (דף כ"ב ע"ב) דאם אינו רוצה לקנות אף שעשה הזקה לא קני כדאיתא התם אמר רב יוסף מאי טעמא דרבי עשאוהו כעודר בנכסי הגר וקסבר שלו הן דלא קני וא"כ איתבי' רב יוסף לרבה ממתניתין דגזל ועבר עליו הפסח ב"ק (דף ס"ו ע"א) ומשני ליה רבא כי קאמינא אנא זה מתייאש וזה רוצה לקנות האי זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות הא רב יוסף גופא ג"כ ס"ל דלא מהני קנין חזקה אם אינו רוצה לקנותה ומאי פריך ליה לרבה · וכ"ת דרב יוסף קאמר רק אליבא דרבי אבל חכמים פליגי עליו ומסתמא הלכה כחכמים דהלכה כרבי מחברו ולא מחבריו ומבו"ש קא מקשה לרבה · שתי תשובות יש בדבר · חדא דהוה ליה לרב יוסף לאוקמא את הך מתניתין דגזל חמץ כרבי ולא יהיה קשה על רבה · שנית · דמשמע מהסוגיא שם דסדר קבלה מאביי דלכו"ע לא קני וכן פסקו הפוסקים. דלא קני וגם מדברי רב יוסף משמע דזאת הלכה פסוקה דבעודר בנכסי הגר וקסבר שהם שלו דלא קני מדתלי רב יוסף טעמו דרבי דדמיא לכך דינא עשאוהו כעודר בנכסי הגר דהא"כ הוה ליה למימר בקיצור מאי טעמא דרבי דסובר דאם קידשה לשם אישות אינה צריכה הימנו גט משום דלא מכוין למקני ומאי תלוי כך דינא בהך דינא · אלא ודאי דהך דינא דעשאוהו כנכסי הגר זאת הלכה פסוקה בפי כל לכן אמר רב יוסף דטעמו דרבי דמדמה הך דינא להך דינא דעשאוהו כנכסי הגר וגם אביי השיב לו מי דמי התם לא קמכוון למקני הכא קמכוין למקני הא לא דמיא לעודר בנכסי הגר וכו' משמע מדבריו שזאת דעשאוהו כנכסי הגר הלכה פסוקה הוא ואם נאמר דבגזלן קני בשינוי אף אם אינו מתכוין לקנותה דקנין שינוי לא דמי לשאר קניינים ניחא. דרב יוסף סובר דביאוש אם נאמר דקני אף אם אינו מתכווין לקנותה ג"כ קני אם נאמר דקני מדרבנן דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון · וכמו דקני בשינוי אף אם אינו מכוון לקנותה כמו כן תקינו ליה חכמים דקני ליה ביאוש אף אם אינו מתכווין לקנותה ולהכי פריך ליה רב יוסף לרבה מגזל חמץ ועבר עליו הפסח דיהיה קשה לרבה אם נאמר דתקינו ליה רבנן שיקנה ביאוש · וז"א רק אם נאמר דקנה הגזלן ביאוש מדאורייתא דילפינן מאבידה ע"ז לא קשה כלל כיון דילפינן מאבידה היינו דוקא במתכוין לקנותה כמו באבדה שאינו קונה ביאוש דוקא במתכוין לקנותה · ורבה השיב ליה דלא נוכל לומר דחכמים יעשו קנין שכיוצא בו לא מצינו במקום אחר קנה מדאורייתא כי אין סברא שיבדו חכמים קנין מלבם. אלא אם נימא דקנה ביאוש מדרבנן היינו טעמא דתקינו רבנן משום דמצוי גבי אבידה שקונה ביאוש לכן תקנו חכמים שגם גזלן יקנה ביאוש כמו באבידה וכיון דהקנין ביאוש דקונה בגזלן ילפינן זאת מאבידה שנראה בעיני חכמים לתקן שיקנה כמו שיקנה באבידה וכיון דבאבידה בעינן שיהיה מתכוין לקנותה כמו כן בעינן ג"כ גבי גזלן ביאוש שיתכוון לקנותה בקנין דיאוש :

אות ג

אך נראה לי דבשינוי מעשה ג"כ בעינן שיהיה מתכוין לקנותו ומה שלכאורה מוכח דלא בעינן שיהיה מתכווין לקנותה נוכל לדחות כדאכתוב לקמן אי"ה אך מקודם אביא ראיה דבעינן בשינוי שיתכוין הגזלן לקנותה מדברי התוספות דכתובות (דף פ"ב ע"א) על הא דאמרינן בגמרא שם · דהא דאמר ר"י האומר לחבירו לך ומשוך פרה זו ולא תהיה קנויה לך אלא לאחר שלשים יום לאחר ל' יום קנה ואפילו עומדת באגם ומוקים לה הגמרא דאמר לה מעכשיו וכתבו התוס' ע"ז שם וי"ל דר"י לטעמו דלית ליה תנאה הוי ולא חזרה הוי אלא מעכשיו מתחיל הקנין ואינו נגמר עד לאחר שלשים וכן אית ליה בהאומר בקדושין (דף ס') ולהכי צריך שתהא בסוף שלשים באגם שהוא מקום הראוי למשיכה עכ"ל התוספות וכי היכי דבעינן בגמר הקנין מקום הראוי לקנותו · ה"נ בעינן בגמר הקנין שיהיה מתכוין לקנותו כמו בתחילת הקנין · וגבי גזלן אף דכ' התוס' דקנה מיד בעת שגזל מ"מ בודאי אינו נגמר הקנין עד שנשתנה אצלו דכ"ז שהוא בעין עומדת ברשות הבעלים כמו שכתב הבעה"מ והרמב"ן בסנהדרין (דף ע"ב) גבי הבא במחתרת וגם השבח הוא של הנגזל וא"כ בודאי לא נגמר הקנין בעת שגזלו לכן צריך שיתכוין לקנות בעת השינוי לשם קנין · אך ראיה זו רק מדברי התוספות · אבל מדברי הגמרא דכתובות שם אין ראיה · דנוכל לפרש דמעכשיו ולאחר שלשים יום אינה קונה בגוף הפרה כלל כעת אלא הפירות שעד שלשים יום קנה הלוקח תיכף כיון דאמר מעכשיו דהנה קשה על תירוצים של התוספות שתירצו בכתובות (דף פ"ב ע"א) ד"ה הא דטעמא דר"י דאם אמר מעכשיו ולאחר שלשים יום תהיה פרתו קנויה לך בעינן דוקא שתהיה עומדת באגם אבל ברשות הרבים לא קני דר"י לטעמו דלית ליה תנאה הוי ולא חזרה הוי אלא מעכשיו מתחיל הקנין ואינו נגמר עד לאחר שלשים וכן איתא בהאומר בקידושין (דף ס') ולהכי צריך שתהא בסוף שלשים באגם שהוא מקום הראוי למשיכה וכו' עכ"ל התוספות · הא בב"ב (דף קל"ו) גבי כותב נכסיו לבניו מהיום ולאחר מיתה דקני מהיום בגוף ולאחר מיתה הפירות אמאי לא אמרינן ה"נ גבי אמר משוך פרה וכו' ג"כ יהיה הדין שיקנה להגוף הפרה מעכשיו ופירות לאחר שלשים ואמאי צריך שתהיה הבהמה עומדת באגם לאחר ל' וקושיא זו הקשה התוספות ביבמות (דף נ"ג ע"א) ד"ה קנייה וכו' ועיין שם בתוס' שנדחקו מאוד בתירוצם וכתבו תירוצם בלשון שמא יש לומר · ולענ"ד לתרץ קושיות התוספות ביבמות הנ"ל דזה ידוע דאמרינן דיד לוקח על התחתונה וכיון דס"ל לר"י בקידושין הנ"ל שמעכשיו ולאחר שלשים יום שיורי שייר בקניניה ה"נ אית לן למימר גבי משך פרה וכו' ג"כ שיורי שייר בקניניה ולא קני עד שיכלה השלשים יום. לא הגוף הפרה ולא הפירות הימנה וכיון דעדיין לא נגמר הקנין דרווחא שביק להמוכר בהפרה שיהיה שלו עד שלשים יום · וכיון דאין קנייה להלוקח כל הבהמה אין להלוקח בגוף הפרה רק חלק קלא וגם להפירות ממנה כדאית ליה גבי קידושין דיכול אחר לקדשה בתוך השלשים יום ה"נ יכול למכור הפרה לאחר בתוך שלשים יום הן הגוף הפרה הן הפירות. שלא מכיון דיד הלוקח על התחתונה וכל מה שיכולין למעט בקניניה שלא יהיה נקנה לו אמרינן לכן אמרינן דשיורי שייר בקניניה אבל גבי הך דהכותב נכסיו לבניו מהיום ולאחר מיתה בזה לא נוכל לומר ששייר בקניניה ולא יקנה הבן הגוף הנכסים בחייו של אב · דאם כן יתחיל הקנין לאחר מיתה ואין קנין לאחר מיתה א"כ מוכרחים לאמר דהקנין מתחיל מהיום הגוף והפירות לאחר מיתה דלא

יהיה

יהיה דבריו לבטלה · וכיוצא בזה כתב הרב המגיד בפ' שמיני מהל' גירושין הל' א' · שכתב שם שלדעת הרמב"ם שהוא סובר דהא דאמר ר' יוסי שזמנו של שטר מוכיח עליו היינו דוקא במזכיר מיתה לפי שידוע שאין שטר לאחר מיתה וכיון שכן שלא לפסול השטר לגמרי אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו (ועיין בחו"מ ס' רנ"ח ברמ"א שם בסמ"ע ובש"ך שם) · ול"ע על הרמ"א לפי מה שאכתוב לקמן בפרח שאחר זה וכן כתב הר"ת בס' מ"ב סעיף ט' דלא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה אלא בכל כי האי גוונא דלעיל שאין השטר בטל לגמרי אבל בדבר שהשטר בטל בו לא כגון שכתוב בשטר פלוני נתחייב לפלוני מנה לפרעו בפסח צריך לפרוע בפסח הבא ראשון ואינו יכול לומר לא אפרענו אלא לפסח שאחר כמה שנים וכן כל כיוצא בזה עכ"ל השו"ע שם · וזה שנים רבות ראיתי באיזה ספר שהקשה מהא דאמרינן בכתובות (דף נ"ה) אתמר מתנת שכיב מרע שכתב בו קנין כו' שמואל אמר לא ידענא מה אידן בה ואמרינן שם דטעמו דשמואל שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה הרי מוכח מכאן דאפילו אי אמרינן שנבטל השטר אפילו הכי אמרינן יד בעל השטר על התחתונה ויבטל השטר · ונ"ל לתרץ דהא דלא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה היכי דבטל השטר משום דהחיוב של השטר או הקנין של השטר הוא מדאורייתא לכן מוציא מיד המוחזק דאתי קנין דאורייתא או בהתחייב עצמו חיוב דאורייתא ועומדים זה לעומת זה ששניהם הם מדאורייתא היינו הקנין והחוב הוא מדאורייתא והמוחזק הוא מוחזק מן התורה ובכל מקום אמרינן שע"י שטר מוציאין מיד המוחזק אף שהוא מוחזק מן התורה לכן אמרינן גם כאן כיון שיבטל השטר לגמרי ויהיה בטל הקנין והחוב מדאורייתא לכן לא אמרינן דיד בעל השטר על התחתונה · משא"כ גבי צוואת שכיב מרע שהוא מדרבנן דאף לרב דאמר שם ארכבי' אתרי רכשי מ"מ הוה דינו כמו מתנות שכיב מרע כדאמרינן בגמרא ואליבא דרב דהרי הוא כמתנות בריא והרי הוא כמתנות שכיב מרע וכו' עיין שם בגמרא וקונה המקבל מתנה רק מדרבנן לפיכך אמר שמואל דלא ידענא מה אידן בה כיון דאינו קונה בהשטר רק מדרבנן בעלמא וכיון דיש ספק קלת בהשטר שהוא קונה מדרבנן הולכין אחר חזקת המוחזק שהוא מוחזק מדאורייתא בודאי · ולא אמרינן דלפ"ז יהיה בעל השטר ידו על העליונה כיון דיבוטל השטר משום דהוא רק מדרבנן וגם לא אמרינן דדינו כמתנת בריא בלבד ויהיה הקנין מדאורייתא ולא יבוטל השטר לגמרי מ"מ יבוטל הדבר מה שנכתב בשטר שהוא מתנת שכיב מרע שהוא קונה הדברים שאינם נקנים במתנות בריא יהיה קונה בהשטר הזה כיון שנכתב שהוא מתנת שכיב מרע כדאמרינן בגמרא אליבא דרב הרי הוא כמתנת בריא וכו' והרי הוא כמתנת שכיב מרע שאם אמר הלואתו לפלוני הלואתו לפלוני פירוש אף דלא נקני אם היה נידון בהשטר הזה רק מתנת בריא בלבד אבל כיון דאמרינן דהוא כמתנת שכיב מרע ג"כ נקני הלואתו · וכיון דעכ"פ יבוטל השטר בדבר אחד דהיינו המתנת שכיב מרע לגמרי ובכל השטרות לא אמרינן כן · (עיין באורים ותומים שם ס"ק י"ב בתומים ובס"ק כ"ז באורים) וכיון דמוכרחין אנו לומר יד בעל השטר על התחתונה אף שיבוטל בו דבר אחד מה שלא אמרינן כן בכל השטרות לכן אמרינן דבטל לגמרי · נוכל לתרץ זאת הקושיא באופן זה אך בהסבר אחר הא דלא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה אם יבוטל השטר לגמרי נוכל לומר דהטעם הוא כמו דאמרינן בכמה דוכתא אין אדם מוציא דברי' לבטלה עיין בערכין (דף ה') ה"נ בודאי אין אדם עושה דבר לבטלה שיבוטל לגמרי כל הדבר וזה הוא רק על פי רובא בעלמא דרוב בני אדם אין עושין כן ואף דבממון אין הולכין אחר הרוב כידוע היינו דוקא שבאים להוציא ממון מיד המוחזק בלא שטר אבל היכא דאיכא שטרא ויכולין לפסול את השטר וע"י רובא משוינן להשטר שהוא שטר מעליא כגון הכא שע"י רוב בני אדם דאינן עושין דבר לבטלה משמעות פירוש בהשטר באופן שלא יבוטל לגמרי בזה הולכין אחר הרוב אף בממון כמו דלא אמרינן מיגו להוציא לדעת הרבה פוסקים והיכא דאיכא שטרא אך נוכל לפסול את השטר אמרינן מיגו לעשות את השטר שהוא שטר מעליא עיין בתוספת בחזקת הבתים (דף ל"ב) ד"ה אמאי וכו' ועיין בשטה מקובצת שם שמביא בשם הראשונים דהיכא דאיכא שטרא ונוכל לפסול את השטר וגם לא יש חזקה שטרא בידך מאי בעי נגד חזקת ממון אפילו הכי אמרינן דע"י מיגו משוינן השטר מעליא ומוציאין מיד המוחזק (וזה שכתבתי הגאון בעל אורים ותומים כתב להסתפק בדיני מיגו כפי מה דדכרנא מכבר. שראיתי אך כעת לא רציתי לעיין בדברי' מחמת שלא רציתי להאריך בזה) וכמו דאמרינן דע"י מיגו משוינן השטר מעליא ה"נ אמרינן דע"י רובא משוינן השטר שטר מעליא ומוציאין ממון אך זה הוא דוקא אם היה הקנין או החיוב מדאורייתא לכן מוציאין ממון ע"י רובא שמשוינן להשטר מעליא ומוציאין ממון · אבל היכא שהקנין הוא רק מדרבנן כגון בהך דינא דשמואל כמו שכתבתי לעיל שהוא רק מדרבנן לא אמרינן שע"י רובא שהוא רק מדרבנן בעלמא כיון שהמתנה שהוא יקנה רק מדרבנן הרובא הבא מכחה ג"כ מדרבנן שיוציא ממון מיד המוחזק שיש לו חזקה מן התורה שהוא חזקה אלימתא יותר משאר חזקות דבכל מקום רובא וחזקה רובא עדיף וכנגד חזקת מוחזק אין הולכין אחר הרוב כידוע לכן אמרינן דאין הולכין אחר הרוב ובטל השטר לגמרי ועוד יש ליישב הקושיא הנ"ל בדרך אחר על פי מה שכתב הרמ"א שם בסעיף ט' ועיין שם בש"ך בס"ק כ' ואין רצוני להאריך עוד בזה :

הדרא לעניננו דלהכי לא אמרינן גבי כותב נכסי' לבנו מהיום ולאחר מיתה שיהי' שייר בקניניה ולא יהיה נקנה להבן לא הגוף ולא הפירות בחיי אב דא"כ יהיה השטר בטל לגמרי שלא יוכל לגמור הקנין לאחר מיתת האב גם לא אמרינן איפכא שיקנה הפירות בחיי אב והגוף יקנה לאחר מיתת האב דגם בזה יתבטל השטר לגמרי כיון דלא קנה גוף הקרקע בחיי אב לא יוכל לגמור קנין הגוף לאחר מיתת האב דבשלמא אי אמרינן דגוף קנה מהיום ופירות לאחר מיתת האב לאחר מיתה אינה גמר שום קנין בהנכסים שכתב לו בחייו דהאב לא הוה לי' בהנכסים שכתב לבנו רק זכות פירות בעלמא ששייר לו וכיון שמת נסתלק זכות הפירות שהי' לו שאדעתא דהכי כתב לו שיסתלק הזכות שלו כשימות ואין עושה שום קנין בהנכסים לאחר מיתה רק סילוק זכות בעלמא וזהו רק גבי כותב נכסיו לבנו מהיום ולאחר מיתה שיקנה הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה כיון דא"א לומר בענין אחר כדכתבתי אבל גבי משוך פרה ולא תקני לך אלא לאחר ל' יום דאף דאמרינן דשייר בקניני' ואינה נקנה להלוקח לא גוף ולא הפירות עד שיכלה השלשים יום כדכתבתי לעיל מ"מ לא נתבטל השטר לגמרי דהשטר מועיל דלאחר שלשים יום יקנה להלוקח גוף הפרה והפירות לכן בזה אמרינן דשייר בקניניה · וזה שכתבתי הוא רק לפי דברי התוס' בכתובות (דף פ"ב) הנ"ל · אבל לפי דברי הר"ן ורב אלפס על הגמרא (דף פ"ו) והרשב"א שם שכתבו דרב נחמן דאיתא התם דאם אומר לחבירו משוך פרה ולא תקני אלא לאחר שלשים יום קנה ואפילו עומדת באגם היינו דוקא בדלא אמר מעכשיו דפליג על ר"י אבל אם אמר מעכשיו קנה אפילו עומדת בה"ר והיינו טעמא משום דגופה קנה מהיום והפרי לאחר זמן כדמוכח בב"פ יש נוחלין בההוא דכותב נכסי' לבנו לאחר מותו · ולכאורה קשה על דבריהם אמאי לא אמרינן איפכא גבי משוך פרה וכו' דיקנה הפירות של הפרה תיכף והגוף לאחר שלשים יום דבשלמא גבי כותב נכסי' לבנו לאחר מיתה שם לא נוכל לומר איפכא דיהיה הפירות להבן אף בחיי האב והגוף לאחר מיתת האב דיתבטל השטר לגמרי כדכתבתי לעיל אבל הכא גבי משוך פרה וכו' הא קשה אמאי לא אמרינן איפכא דהא לא נתבטל הקנין אף אי אמרינן כן כדכתבתי לעיל · ואין יכולין לתרץ דלא נוכל לומר גבי משוך פרה וכו' דהפירות בלבד יהיה נקנה מעכשיו דעל זכות פירות בלבד לא מהני

קנין משיכה כיון דאין לו קנין בגוף הדבר רק זכות פירות בעלמא כדכתבו הרבה מהראשונים על הך סוגיא דב"מ (דף נ"ט ע"א) כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים וכו' ועיין בנימוקי יוסף שם · ובזה הפרה היה כונת המוכר והלוקח שיקנו במשיכה מעכשיו שום דבר דמשום הכי אמר המוכר מעכשיו ואם נאמר דלא קנה גוף הפרה כלל מעכשיו רק זכות פירות בעלמא ועל זכות הפירות לא מהני משיכה ויהיה הדיבור דאמר המוכר מעכשיו בטל לגמרי לכן אמרינן דהגוף נקנה מעכשיו ולאחר שלשים הפירות · אבל זה לא נוכל לומר כן לפי מאי דכתב הר"ן בעצמו בחידושיו לב"מ על הך סוגיא הנ"ל דמהני משיכה בשואל ובשוכר כיון שאין משתמשין בגופה של כלי דהוה כמכירה ליומי · ודינו שתקנו לכן משיכתן שכיון שזוכין בגופה של דבר עכ"ל הר"ן שם · וה"נ אי אמרינן איפכא גבי משוך פרה וכו' דהפירות של הפרה נקנה מעכשיו ג"כ הוא קונה בגוף הפרה להשמיש ולשאר הפירות ומהני קנין משיכה · והדרא קושיא לדוכתא למה לא אמרינן איפכא גבי משוך פרה וכו' דהפירות יהיה נקנה מעכשיו והגוף לאחר שלשים יום · וצריכין אנו לתרץ הקושיא הזאת דהר"ן פירש כפירש רש"י דתמורה (דף י"א ע"ב) על הך דבעי רבא בעוף מהו בהמה אמר רחמנא והאי לאו בהמה הוא או דילמא קרבן אמר רחמנא והא נמי קרבן הוא תיקו · ופירש רש"י על זה לר"י קא בעי לה הקדיש רגל עוף דתור או בן יונה מי פשטה קדושה בכולי' או לא בהמה אמר רחמנא בהאי קרא אשר יתן ממנו כתיב בהמה וקרבן עכ"ל רש"י · אבל אם הקדיש דבר שהנשמה תלויה בה על זה לא בעי רבא דודאי פשטה קדושה בכולה דמאי דאמרינן לעיל דהכל מודים שאם הקדיש דבר שהנשמה תלויה בה פשטה קדושה בכולה לאו מקרא ילפינן זאת · רק מצד הסברא הוא דכל אבר מהבהמה הולכין אחר הדבר שהנשמה תלויה בה · כי מהדבר הזה בא החיות לכל אברי הבהמה · לפיכך כל אברי הבהמה משועבדים ושייכין לה · והלכך פשטה קדושה בכולה אם הקדיש דבר שהנשמה תלויה ביה ולפי הנראה פרש"י מוכח מגמרא שם ועיין שם · לפ"ז אם נאמר גבי שוכר בהמה דקונה השוכר גוף הבהמה להשתמש למה שמכר אותה הרי קנה גם דבר שהנשמה תלויה בה לתשמיש · וכיון שכן כל גוף הבהמה קנה להשמיש · וה"נ אי אמרינן גבי משוך פרה וכו' דקני הפירות מעכשיו והגוף לאחר שלשים א"כ כל גוף הבהמה קניא לי' גם בתוך שלשים כיון דיש לו זכי' בגוף הבהמה לפירותיו בודאי יש לו זכיה בדבר שהנשמה תלויה בו וכיון שכן כל גוף הבהמה קנויה לו גם בתוך שלשים כיון דאי אפשר זה בלא זה וכיון דקני' לי' גוף הבהמה בתוך שלשים יום וגם לאחר ל' יום בודאי יקנה גוף הבהמה כיון דאמר משוך וכו' לאחר שלשים יום ועיין תוס' רי"ד (קדושין דף ז') : ולפ"ז כל גוף הבהמה נקנה לו הן בתוך ל' יום הן אחר ל' יום · ואינו יכול למכור לאחר דאף אי אמרי' דהדין אם מכרה על שלשי' יום ולאחר שלשים יום יהיה שלו דהוה מכירה על שלשים יום כדאיתא בירושלמי דקדושין בר"פ האומר ר' אבהו בשם ר"י הרי זו עולה ל' יום כל שלשים יום הרי זו עולה לאחר שלשים יצאת לחולין מעליו וכו' עכ"ל הירושלמי וכהאי גונא בתלמודא דידן בנדרים (דף כ"ט ע"א) והתניא שור זה עולה כל ל' יום ולאחר ל' יום שלמים כו' עכ"ל הגמרא · וזה מפורש בתורה שקרקע נמכרת בזמן שיובל נוהג וביובל יוצאת לבעלים וכן פסקו בחו"מ בס' רי"ב סעיף ד' נמצא לפ"ז דאם מכר על שלשים יום היא מכירה ולאחר שלשים יום היא חוזרת למוכר ואם מכר המוכר הפרה זה שמכר על שלשים לאחר שלאחר שיכלה הזמן של השלשים יום שהיא מכורה ללוקח זה שיהיה קנויה לו קנה הלוקח השני כפי מאי שיבורר בדברינו לקמן שמחוסר זמן לא הוה דבר שלא בא לעולם אבל הכא כיון דנקנה גוף הבהמה בתוך השלשים יום אף אי אמרינן שיש לו רק זכות פירות בעלמא בהפרה זו מעכשיו וגם לאחר שלשים יום קנה גוף הבהמה ופירותיו כדכתבתי לעיל בודאי אינו יכול למכור לאחר הבהמה בתוך שלשים יום כיון דכל גוף הבהמה הן בתוך שלשים והן לאחר שלשים נקנה ללוקח ראשון לפ"ז אין להמוכר שום שיור זכות בהבהמה במאי דאמר לאחר ל' יום לא לגוף הבהמה ולא לפירותיה והמוכר שייר זכות בהפרה בתוך שלשים יום כיון דאמר בהדיא משוך פרה זו מעכשיו ולא תהא קנויה לך אלא לאחר שלשים יום · לכן מוכרחין אנו לומר דמה שאמר משוך פרה מעכשיו שיהיה קנויה להלוקח גוף הבהמה ולאחר שלשים יום יקנה הפירות ואם כן מועיל הדיבור שאמר שתהא קנויה לך לאחר שלשים יום ששייר לעצמו זכות הפירות בהפרה ולא להנם הדיבור · לכן פירש הר"ן כמו דאמרינן גבי כותב נכסי' לבנו מהיום ולאחר מיתה הפירות קנויה להבן בחי' האב והגוף לאחר מיתת האב כן הדין גם גבי אם אמר משוך פרה מעכשיו וכו' · וכ"ת הא איתא בקדושין (דף ז' ע"א) אמר רבא וכו' חציך מקודשת לי הינה מקודשת כו' אמר ליה מר זוטרא בריה דרב מרי לרבינא ונפשטי לה קדושי בכולה מי לא תניא האומר רגלה של זו עולה תהא כולה עולה ואפילו למ"ד אין כולה עולה ה"מ היכא דמקדיש דבר שאין הנשמה תלויה בה אבל אם מקדיש דבר שהנשמה תלויה בה הוי כולה עולה מי דמי התם בהמה הכא דעת אחרת הא לא דמיא כו' ופירש רש"י על זה בד"ה התם בהמה הוא ושלו הוא ואין מעכב על ידו מלהתקדש לפיכך יש כח במאמרו לפשוט והכא דעת אחרת יש השוכה כמותו המעכבת בדבר שאם אין האשה רוצה אינה קדושין וזו לא נתרצה אלא לחציה לפיכך אין דיבורו תפיס בה עכ"ל רש"י לפ"ז נכאורה קשה על מה שכתבתי לעיל גבי משוך פרה וכו' דאף אם נימא דמעכשיו יהיה קנויה ליה הפירות מ"מ יש לו קניה בגוף הפרה דהא אם לא היה לו שום קניה בגוף הפרה לא מהני משיכה אלא ודאי אף אם מקנה לפירותיה של פרה במשיכה בודאי דעתו היה שיקנה בגוף הפרה ואף גם דבר שהנשמה תלויה בה דודאי השימוש או שאר פירותיו בודאי הוא משמש בדבר שהנשמה תלויה בה ובאותו דבר שהוא משמש הוא הדבר שהקנה בגוף הפרה שהקנה לפירותיה · לפ"ז פשטה קניתה בכולה גופה כמו דאמרינן גבי הקדש הא לא דמי דגבי הקדש ליכא דעת אחרת משו"ה אמרינן שפשטה קדושי בכולה אבל הכא גבי משוך פרה דאיכא דעת אחרת היינו המוכר המעכב שלא יפשוט קניתו בכולה גופה דפרה לא אמרינן שפשטה הקנין בכולה גופה דפרה · והו קשה על דברי מדברי התוספות שם בע"ב ד"ה חציך שהקשו שם על הך דבעי רבא חציך בפרוטה וחציך בפרוטה מהו אמאי לא יועיל דנימא פשטה קדושין בכולה דהכא ליכא דעת אחרת דהא גלי דעתי שמתרצית בכולה : ותרצו דאי הוה מיירי דאמר לה בלשון קידושין אין ה"נ דהוי פשטי קדושין בכולה אבל הכא איירי דאמר לה הרי את מאורסת לי או בחד מהני לישנא דלעיל (דף ו') וכה"ג כתבו התוס' שם בע"א בד"ה ונפשטו וכו' אבל אם היה אומר מאורסת או מחד מהני לישנא דלעיל (דף ו') על זה לא היה מקשה ונפשטו קדושי בכולה לפירוש זה עכ"ל התוס' · ולפי דברי התוס' דוקא בלשון הקדש אמרינן דפשטה קדושי בכולה אבל בשאר דברים כגון גבי משוך פרה לא אמרינן בפשטה קניתה בכולה אפילו הקנה דבר שהנשמה תלויה בו כמו דלא מהני אם אמר הרי את מאורסת לי שתפשוט הקדושין בכולה אף דאירכה חציה והוי דבר שהנשמה תלויה בו כדאמרינן בגמ' שהבאתי לעיל · ונראה לתרץ דברינו דדוקא גבי קידושי אשה דמצינו שהקדושין חל רק על חציה אשה בעלמא כגון המקדש חציה שפחה וחציה בת חורין דאמרינן בגיטין (דף מ"ג ע"א) דמקודשת הך חציה דבת חורין וגם הכא באבעי דרבא וגם במאי דאיתא שם בע"א מימרא דרבא ג"כ קידש חציה לכן דוקא אם אמר בלשון הרי את מקודשת דהוה לשון הקדש אמרינן' דפשטי הקדושין בכולה אבל אם אמר הרי את מאורסת לא פשטו הקדושין כיון דאמר בפירוש חציה וגם מצינו קדושין שחל רק על חצי אשה · אבל הכא גבי משוך פרה דאם נאמר דהקנה לפירותיו מעכשיו הקנה לו בודאי

כל

כל פירותיו מכל אבר ואבר של הפרה דהא אמר משוך פרה ותהא קנויה לך מעכשיו וכו' סתם ולא פרט שהפירות שיוליד מאבר זה של הבהמה לא תהא קנויה לו · לפ"ז ליכא דעת אחרת דהמוכר הקנה לו כל פירותיו מכל גוף הבהמה ובודאי לא ימלט שהשימוש הפרה או הפירות יתלו בדבר שהבהמה תלויה בה לכן פשטה הקנין בכולה גופה דפרה · ועיין בריטב"א שם בד"ה תלמוד דמשמע מדבריו דמדין הקדש ילפינן לכל מקום דפשטה כמעשה · ואף אם נאמר דלא דמי קנין להקדש וכפשטא דשמעתא משמע דוקא גבי הקדש אמרינן שפשטה הקדש בכולה · אבל גבי קנין לא אמרינן שפשטה קניתה בכולה גופה דלא דמי הדדי · מ"מ נ"ל דגבי משוך פרה וכו' דאי אמרינן דיקנה לפירותיו בלבד מעכשיו ולא יהיה לו זכי' בגוף הפרה כלל · בודאי לא מהני משיכה לכל הדעות דלפי שיטת הראשונים הסוברים דלא מהני משיכה רק בשואל ובשוכר כיון דמשתמשים בהכלי שמושאל או מושכר יש להם קנין בגוף הכלי לכן מהני משיכה אבל בש"ח ובש"ש לא מהני משיכה והובא דבריהם בחידושי הר"ן על ב"מ (דף נ"ט) ובנ"י שם ובשיטה מקובלת שם · בודאי לא מהני משיכה גבי משוך פרה וכו' אם תהיה קנויה לו רק לפירות בלבד · ואף לבתר שיטת הראשונים דמהני משיכה אף בש"ח וש"ש הטעם דהוה כהתחלת מלאכה וכשם שפועל זוכה בשכרו בשעה שמתחיל במלאכה כך דינו בש"ש שהוא זוכה בשכירות משעת משיכתו · של כלי שהיא התחלת מלאכה שלו עיין בנימוקי יוסף שם ותמצא כדברי ועיין בקצות החושן בס' ש"ז ס"ק א' שמפרש הנ"י הזה · אבל זהו רק בפועל ובשומרים הדין כן דבהם הוה הקנין התחלת המלאכה עיין בקצות החושן הנ"ל דבהם הוה משיכה התחלת המלאכה והקנין רק מדרבנן כמו שכתב השיטה מקובלת שם וא"ת וכיון דמשיכה לא קני לחזרה מ"ט קני בהתחלת מלאכה ומה קנין הוא זה וי"ל דהא תקנתא דרבנן מפני תיקון העולם שלא יהא אדם משאיל או משכיר כלי' לחבירו ואחר שיתחיל במלאכתו יחזור בו ויניח מלאכתו מותחלת עכ"ל · וזה הטעם גבי פועל וגבי ש"ח וש"ש אף דמצד הדין לא מהני משיכה מ"מ תקנו רבנן דמהני משיכה כמו דתקינו רבנן שיהיה התחלת מלאכה שלהם קנין · אבל גבי משוך פרה אם נאמר דלא קני ליה לגופה לא מהני משיכה דגבי לקוחות לא שייך תקנה הזה כמובן · וגם הא יש קונים אחרים שיכולים לקנות בהם כגון בכסף דהא פירש הר"ן גבי משוך פרה דהגוף קנה ליה מעכשיו הוא אליבא דרב נחמן עיין שם בדברי' ותמצא בהדיא כדברי · ורב נחמן אית לי' בב"מ (דף מ"ח ע"א) דבר תורה מעות קונות ואף דהחכמים עקרו קנין מעות הא לפי מה שכתב הר"ן בחידושיו לב"מ (בדף מ"ט ע"ב) בד"ה כגון וכו' ולפ"ז יש אומרים דשכירות מטלטלים נקנה בכסף דליכא למיחש שמא יאמרו הבעלים נשרפו המטלטלים כיון שהגוף של בעלים אי מיתנס עירה ומציל וכו' עכ"ל הר"ן לפ"ז גם הדין גבי משוך פרה אם נאמר דמעכשיו קנויה ליה רק לפירות בלבד והגוף לאחר שלשים ובתוך שלשים יכול למכור לאחר רבנן לא עקרו קנין כסף וקונין בכסף לבד דליכא למיחש שמא יאמר נשרפו וכו' כיון דהגוף של המוכר כדכתב הר"ן גבי שכירות · ואם נימא גבי משוך פרה דלא קני מעכשיו רק הפירות בודאי לא מהני משיכה אף מדרבנן · וכ"ת הא מצינו גבי קנין חזקה שאדם קונה בחזקה דקל לפירות בלבד וקושיא זו הקשה השיטה מקובלת שם ותירוצו אינה מובן כ"כ וגם יש שם ע"ש בדברי' · ולענ"ד לתרץ דהא איתא בקידושין (דף כ"ו ע"א) ובחזקה מנלן אמר חזקיה אמר קרא ושבו בעריכם אשר תפשתם במה תפשתם בישיבה דבי ר"י תנא וירשתם אותה וישבתם בה במה ירשתם בישיבה עכ"ל הגמרא וכתב הריטב"א ע"ז בד"ה ובחזקה וכו' פירש ומהאי קרא שמעינן שפיר תרי דיני חזקה תיקון בקרקע ותשמיש בגופו שהרי תפשו ערים להם למוקיהם ומה שישבו הם קנו בישיבה דומיא דמציע מצעות בנכסי הגר ומה שעשו נמוקיהם קנו בתיקון דלא שני שלא תקנו גדרות לנאות כנ"ל עכ"ל הריטב"א ועיין במהרי"ט בחידושיו לקידושין שם · ולפ"ז לכאורה קשה אמאי לא קני מטלטלים ג"כ בחזקה והחזקה יהיה מועיל בהם כיון דתרי דיני חזקה מלמדינו ותשמיש בגופו לאחד מהם וזה שייך גם במטלטלים · וצריכין אנו לומר כיון דהקרא איירי רק בקרקע במחובר לקרקע ובזה משמיענו דנקנית בחזקה אמרינן דוקא גבי קרקע או במחובר לקרקע נקנית בחזקה אבל לא מהני במטלטלים וזה שמוכר דקל לפירות או בית לדור היכא דיינינן לה אי כמקרקע או כמטלטלים בודאי נראה דדיינינן לה שנקנית בחזקה כקרקע כיון דהפירות של דקל שמכר יוצא מן גופה של קרקע וכן אם מכר בית לדור בו ג"כ הוא משמש בקרקע עצמו ובמחובר לקרקע שהוא כקרקע כדאמרינן בכמה דוכתא אבל לא לדמות שיהיה נקנית כקנין מטלטלים שאין דומין זה לזה כלל כמובן · לכן אמרינן דהמוכר דקל לפירות או בית לדור קונים בחזקה והחזקה בבית לדור בו הוא מה שדר בו כדאכתוב לקמן אי"ה ועיין במחנה אפרים בריש הלכות שכירות דזה ג"כ מקרי חזקה כמו שכתב הריטב"א הנ"ל · וגם יש לנו עוד הוכחה דדיינינן לה כקרקע דהא גבי קנין כסף שקונין מטלטלים ל"ש בין שמכר גוף המטלטלים בין שמכר רק לפירות בעלמא כגון שכירות נקנה ג"כ בכסף בלבד כמו שכתב הר"ן והבאתיו לעיל ומבואר זאת בכמה דוכתי בפוסקים ה"נ גבי קנין חזקה שקונה בקרקע אין נפקא מינה בין קנה גוף הקרקע בין קנה רק לפירותיו ועיין בשיטה מקובלת שם ותראו הפרש בין דבריו לדברי · לכן פירשו הר"ן והרשב"א דאם אמר משוך פרה והיה קנויה לך מעכשיו ולאחר שלשים יום קנה גוף הדבר מעכשיו והפירות קנה לאחר ל' יום כמו דאמרינן גבי כותב נכסי' לבנו בסוף יש נוחלין :

רק זהו אליבא דרב נחמן דמן הסתם סבירא ליה דקנין פירות לא הוה כקנין הגוף לכן לא מהני משיכה אם הינה קנויה רק לפירות בלבד אבל ר"י דס"ל בגיטין (דף מ"ח) דקנין הפירות כקנין הגוף דמי לדידיה מהני קנין משיכה אף אם הינה קנויה רק לפירות בלבד משום דהוה כקנין הגוף לפי זה מאי שאיתא בכתובות (דף פ"ב) שאמר ר"י שאם אמר תהא פרתו קנויה לך מעכשיו ולאחר שלשים יום · לדידיה הדין שהפירות תהיה קנויה ליה מעכשיו וגוף הפרה אחר שלשים יום דהכלל בידינו דיד הלוקח על התחתונה דהמוכר נקרא מוחזק · עיין בכתובות (דף ע"ו ע"א) אמר רבי יהודה אמר שמואל המחליף פרה בחמור וכו' עכ"ל הגמרא ועיין בחו"מ בס' רכ"ד ס' א' בהמחבר וברמ"א ובסמ"ע ובט"ז שם ותמצא שלדעת כמה פוסקים נקרא המוכר מוחזק ומה שכתבנו אליבא דרב נחמן דהדין דהגוף קנה ליה מעכשיו משום דאל"כ לא מהני קנין משיכה היינו מן הסתם סבירא ליה דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי דהכי קי"ל אבל ר"י דס"ל קנין פירות כקנין הגוף דמי מהני קנין משיכה אף לפירות בלבד ויהיה הדין מה שאמר מעכשיו שתהיה קנויה לפירות והגוף שייר לעצמו עד שלשים יום דלא נוכל לומר דגם להרשב"א ולהר"ן דגם הנה מפרשים כפירש התוס' דר"י אזיל לטעמו דס"ל בקידושין (דף כ"ט) דמעכשיו ולאחר שלשים יום שיורי שייר בקניניה דהא המה כתבו דגבי קדושין אם אמר מעכשיו ולאחר שלשים יום מספקא להו אי תנאה הוי אי חזרה הוי וכן בגיטין הדין כן וגבי משוך פרה וכו' כתבו דהגוף קנה מעכשיו והפרי לאחר זמן · ולכאורה צריך להבין דמ"ש דבגט ובקדושין הוה ספיקא תנאה אי חזרה ולא אמרינן כן בממון וצריכין לומר כמ"ש הבעל לחם משנה פרק תשיעי מהל' גירושין הל' ג' דהטעם הוא כמ"ש רב"י ז"ל גבי מהיום ולאחר מיתה בפ' מי שאחזו (דף ע"ב) דבמתנה לא אמרינן מספקא לן אי תנאה וכו' ויש לומר גופא מהיום ופירי לאחר מיתה אבל בגט דלא שייך למימר הכי לכן מספקא לן אי תנאה הוי אי חזרה הוי לפ"ז גם דברי הר"ן מיושבים בזה דכל מה שאנו יכולין לומר שלא חזר מדבריו אמרינן · וכ"ת הא נוכל לומר דתנאה הוי לפ"ז לא חזר מדבריו דאם היה כוונתו שיהיה תנאי ה"ל למימר בלשון אם כדכתב רבי' שם גבי לאחר מיתה דהוה ליה למימר מהיום אם מת · וה"נ גבי משוך פרה הוה ליה למימר מעכשיו אם לא אחזור בו בתוך ל' וכיון שלא

אמר הכי לכן כדי שלא נאמר שחזרה הוי מיישבין את דבריו שכונתו היו שהגוף קנה היום ופירות לאחר ל' יום דכל שאנו יכולין ליישב את דבריו מיישבין · ולכאורה גם גבי קידושין נמי יכולין ליישב את דבריו דמעכשיו ולאחר שלשים יום יהיה פירושו דרווחא שביק לכל מאן דירצה לקדשה בתוך השלשים יום תהיה מקודשת ליה כמו שסובר ר"י · וצריכין אנו לומר דמשמעות הלשון מעכשיו ולאחר שלשים יום אינה סובל זה הפירש אליבא דרב ועדיפא לן לומר דפליגי בהא רב ור"י דמזה לא נמשך פלוגתא לגבי דין אחר מלומר דפליגי בהך סברא דכי האי גוונא הוה תלי אשה · ויוצא לנו מזה דין אחר דלא הוה גט דהוה גיטי דמשייר אליבא דרב ויפלוג גם בהא עם ר"י אם אומר בפירוש דמקדשה מעכשיו ובתוך שלשים רווחא שביק לחבירו הא אם אמר הרי את מגורשת ממנו מעכשיו קלא ולאחר ל' יום תהיה מגורשת לגמרי דאינה גט לפי פירש"י שם ולפי פירש התוספות יהיה נפקא מינה רק לגבי קידושין אם אמר בפירש דלרב לא הוה קידושין דהוה חלי אשה לכן עדיפא לן לומר דלא פליגי בזה הדין ופליגי רק בסברא שלרב אינה סובל הלשון דמעכשיו ולאחר ל' יום שיהיה פירושו ברווחא שביק וכו' ולר"י כיון שמוכרחין אנו ליישב את דבריו צריכין אנו לומר שכונתו היה כך שרווחא שביק ולפ"ז הוא רק גבי קידושין וגיטין שאי אפשר לפרש בענין אחר אבל גבי משוך יכולנו ליישב דבריו באופן מרווח מיישבין את דבריו שרצונו היה דהפירות קנויה ליה מעכשיו והגוף לאחר ל' יום אבל לא נוכל לומר איפכא שיד הלוקח על התחתונה · ומשו"ה נוכל לומר דבעינן שיהיה עומדת באגם אחר שלשים כיון דלא קנויה ליה הגוף מעכשיו כלל · ולרב נחמן דפירש הרשב"א והר"ן דקני הגוף מעכשיו לא בעינן שיהיה עומדת באגם לאחר ל' יום אפילו עומדת ברשות הרבים ג"כ קני · ולפי דבריהם אין ראיה דבעינן שיהיה הגזלן מתכוין לקנותה דומיא דבעינן בקנין מעכשיו ולאחר שלשים יום שיהיה עומדת באגם · דהתם שאני דהא גוף הפרה לא קני כלל · משו"ה בעינן שיהיה מקום לקנותם בעת שנגמרה השלשים יום · אבל הכא דהגזלן קני את הגזלה תיכף כשהוציאו מבית בעלים אף שהקנין הוא דוקא שאם יגנב או יאבד מ"מ קני הגזלן כשנשתנה אח"כ אף שאינו מתכוין לקנותה משום דהוה כמו שאם נעשה קנין על תנאי אם יתן יהיה הקנין ואם לא יתן לא יהיה הקנין או שאר תנאים אף שלא נתרצה אחד מהם ורוצה לחזור מהקניה בעת שמקיים התנאי אפי"ה נגמר הקנין ה"נ קונה הגזלן אף שאינו מתכוין הגזלן לקנותה בעת שנשתנה אך מדברי התוס' יש ראיה שאם אין מתכוין הגזלן לקנות בעת שנשתנה לא קני הגזילה :

פרח ג אות ד

וכיון שכן אנו אומרים שהראיות שהבאתי לעיל מב"ק פרק מרובה הנ"ל ומדברי התוס' דפ' כיצד הרגל שלכאורה מוכח משם דבשינוי מעשה קונה אף אם אין מתכוון הגזלן לקנותה כדכתבתי לעיל · אבל נראה לפי עניית דעתי לפי האמת לא מוכח משם מידי דאף דמשמע דרב יוסף סובר בפ' מרובה (דף ס"ו) הנ"ל שביאוש קונה הגזלן אף אם אינו מתכוין לקנותה ולפ"ז צריכין לומר דגם בשינוי מעשה קונה ג"כ אף אם אינו מתכוין לקנותה היינו דוקא לר' מאיר · דפריך שם רב יוסף לרבה ממתניתין דגזל חמץ ועבר עליו הפסח וכו' והמתניתין הנ"ל אתיא כר"מ ג"כ דברישא דמתני' דגזל חמץ הנ"ל (בדף צ"ו) פליגי ר"מ עם ת"ק בדין גזל עבדים והזקינו אם משלם כשעת הגזילה אי לאו ובסיפא דמתניתין שם איתא גזל חמץ ועבר עליו הפסח וכו' ובזה לא פליג ר"מ שם ומדלא פליג ש"מ דס"ל הכי דגדולה מזה איתא ביבמות (דף ק"א ע"ב) דהוכיח הגמרא מדפליג ר' יוסי ור' יהודה בריש סנהדרין ברישא בסמיכת זקנים ובעגלה ערופה אי סגי בשלשה או לא ולא פליגי במאי דבעוי אח"ז בחליצה ובמיאונין אי סגי בשלשה ולא קאפליג ר' יהודה ש"מ הדר בי' ר' יהודה · ממאי דאיתא במקום אחר שפליג ר' יהודה בחליצה דבעינן חמשה כך הוא המסקנא דגמרא יבמות הנ"ל · וא"כ בהך דגזל חמץ דלא קפליג בהך סיפא דגזל חמץ וכו' כדפליג ברישא שם ש"מ שגם ר"מ סבירא ליה הדין דגזל חמץ וכו' ור"מ סבירא ליה בב"ק (דף ק' ע"ב) במתניתין דהנותן צמר לצבע כו' אפילו אינו מתכוין לגזולה קנה ג"כ בשינוי מעשה דאף דאיתא בב"מ (דף ע"ח) דר"מ ס"ל כל המעביר על דעת של בעל הבית נקרא גזלן היינו מצד דינא הוא נקרא גזלן · כיון שמעביר על דעתו של בעל הבית אבל האיש המעביר לא נתכוין לגזולה שיעכב לעצמו בהחפץ שמעביר על דעת הבעל הבית [דומה לזה מצינו בשואל שלא מדעת שנקרא גזלן עיין בב"מ (דף מ"ג ע"ב) ובכמה דוכתי בש"ס והתם אינו מתכוין לגזולה רק לשאול בעלמא שלא מדעת של בעל הבית על שעתא חדא להשתמש בזה החפץ] ואף שהסבר זה אין צריכין ראיה דכל מי שיש לו מוח בקדקדו יאמר כן · בכל זאת אכתוב שמבואר כן בחדושי הר"ן דב"מ (דף ע"ה) והבאתיו לעיל ועי' בתוספות ב"ק (דף ל"ה ע"ב) ד"ה בשבת וכו' ותוספות ע"א (דף ז' ע"א) ד"ה ור"מ ובש"ך בחו"מ ס' ש"ו על סעיף ג' מוכח ג"כ דר"מ ס"ל הכי דאף אם אין מתכוין לגזולה ג"כ קני בשינוי מעשה לכן הקשה רב יוסף לרבה מהך מתניתין דגזל חמץ וכו' כיון דאתיא כר"מ ג"כ ור"מ סבירא ליה דבשינוי מעשה קונה הגזלן אף אם אין מתכוין לגזולה · לפ"ז סובר רב יוסף דלר"מ יהיה הדין אם יאוש קונה בגזילה כדסובר רבה אף אם אינו מתכוין לקנותה ג"כ קני לר"מ דמסתמא אם תקנו רבנן שיקנה הגזלן הגזילה ביאוש כמו דסובר רבה תקינו שיהיה קונה כמו בשינוי מעשה דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון כדכתבתי לעיל ההסבר · לכן פריך רב יוסף לרבה אם נאמר דיאוש קונה מדרבנן גבי גזילה לר"מ אף אם אין מתכוין הגזלן לקנות הגזלה ביאוש אפי"ה קני ומשו"ה פריך לרבה אמאי יכול לומר הרי שלך לפניך · אבל להך חד צד של הספק דרבה דיאוש קונה מדאורייתא, דילפינן מאבדה לא פריך רב יוסף לרבה מהך מתניתין · דר"מ ס"ל דון מינה ומינה עיין בשבועות (דף ל"א ע"ב) וכיון דבאבדה לא קני המציאה ביאוש אם אינו מתכוין לקנותה ה"נ הדין גבי גזלן אם אינו מתכוין לקנותה ביאוש ג"כ לא קני ואף דהחכמים סבירא להו בשבועות שם ובכמה דוכתי דון מינה ואוקי באתרא ולפ"ז לכאורה נוכל לומר דלחכמים קונה ביאוש הגזלן אף אם אינו מתכוין לקנותה · אף דהקנין דיאוש הוא מדאורייתא דילפינן זאת מאבדה דדון מינה פירוש מאבידה ואוקי באתרא כמו דגבי שינוי מעשה קני הגזלן אפילו אם אינו מתכוין לקנותה קונה ביאוש ג"כ אף אינו מתכוין לקנותה · אבל זה אינו דרבנן סבירא ליה גם גבי שינוי מעשה לא קני הגזלן אם אינו מתכוין לקנותה כדמשמע ממתניתין דהנותן צמר לצבע ועי' ב"מ (דף ע"ח) וב"ק בתוס' (דף נ"ה) שהבאתי לעיל ובתוספות בע"א (דף ז') שהבאתי לעיל ובחו"מ ובש"ך ס' ש"ו על ס' ג' · גם הבאתי ראיה לעיל מתוספות דכתובות על הך סוגיא דמשוך פרה זו ולא תקני עד לאחר ל' יום · נמצא לפ"ז הא דרב יוסף ס"ל אם נאמר דיאוש קונה גבי גזלן קנה אף אם אין מתכוין לקנותה וכן גבי שינוי מעשה הוא רק לר"מ דהך מתניתין דגזל חמץ אתיא כר"מ לכן פריך לרבה מהמתניתין הזאת אבל לרבנן סבירא להו דאינו קונה ביאוש אף אם נאמר דקני מדרבנן גבי גזלן וכן גבי שינוי מעשה אם אינו מתכוין לקנותה גם לרב יוסף ורבה השיב לו דאף דר"מ ס"ל דבשינוי מעשה קני אף אם אינו מתכוין לקנותה מ"מ ביאוש אינו קונה אם אינו מתכוין לקנותה דרבנן לא יתקנו שיקנה בקנין חדש גבי גזילה רק כמו דמצינו באבדה שיקנה ביאוש מדאורייתא והתם דוקא אם מתכוין לקנותה אז קנה כמו כן גבי גזלן בעינן ג"כ שיהיה מתכוין לקנותה ביאוש וכדכתבתי לעיל מזה בארוכות קצת ואנן פסקינן כרבנן דר"מ דהוא ר"י דקפליג שם על ר"מ במתניתין דהנותן צמר עיין בחו"מ ס' ש"ו ס"ג וכיון שכן ליכא שום ראיה מהך סוגיא דב"ק דבשינוי מעשה קונה אם

אינו

אינו מתכוין לקנותה לרבה ולרב יוסף · אף דר"מ ס"ל דשינוי מעשה קונה אף אם אינו מתכוין לקנותה מ"מ רבנן פליגי עליו ואנן פסקינן כרבנן · וגם מה שהבאתי ראיה מהתוס' דב"ק (דף כ' ע"ב) ד"ה נהנה וכו' וד"ה והוא וכו' דמוכח לכאורה משם דאף אם · סובר שהוא שלו החפץ ועשה בה שינוי מעשה קנאה אף דבשאר דוכתי לא מהני אם הוא סובר שהוא שלו כדכתבתי לעיל מיבמות פרק ר"ג · ולפ"ז נוכל לומר דקונה הגזלן בשינוי מעשה אף אם אין מתכוין לקנותה כיון דמשונה הדין דקנין דשינוי מעשה גבי גזלן משאר קנינים במקומות אחרים דהתם אינה קונה אם סובר שהוא שלו · אף שעשה קנין · גם מזה לא מוכח מידי דאיתא בב"ק (דף ס"ה ע"ב) אמר רב ששת הא מני ב"ש היא דאמרי שינוי במקומו עומדת ולא קני דתניא נתן לה באתננה חטין ועשאן סולת זתים ועשאן שמן ענבים ועשאן יין תני חדא אסור ותני חדא מותר ואמר רב יוסף תני גוריון דמאספורק ב"ש אוסרין וב"ה מתירין מאי טעמא דב"ש דכתיב גם לרבות שינוייהם וב"ה הם ולא שינוייהם וכו' כתב ע"ז התוס' בד"ה הא וכו' וא"ת היכי מדמה ליה דמה ענין אתנן אצל שינוי דקסבר דאי שינוי קונה א"כ ראוי הוא להתיר שינוי וי"ל דחשוב כאחר ואין זה אותה שבא לידה בתורת אתנן וממאים נמי לא מאים עכ"ל התוס' · ולפ"ז לא מוכח מידי אף לפי דברי התוס' ב"ק הנ"ל דמוכח דמעל דאם נטל אבן או קורה של הקדש ועשה בה שינוי מעשה אף בסבר שהוא שלו מ"מ אם נטל הפן של חבירו וקסבר שהוא שלו ועשה בה שינוי מעשה לא קני · דמעילה שאני דהתם הדין אם בשוגג הוציא מעות של הקדש מעל אף דבשאר דוכתי לא קני אם עשאו הקנין בשוגג שלא במתכוין וכדכתב השיטה מקובצת ב"מ (דף נ"ו) ד"ה בעל וכו' ולא דמי לגנב הקדש בשוגג דמעל דהתם אע"ג דשוגג הוא אצל הקדש מ"מ מתכוין הוא להוציאם מרשות מי שהן תלמיד הר"פ ז"ל והבאתיו לעיל · וה"נ אם עשה שינוי מעשה אף דסבר שהוא שלו מ"מ הוציא האבן של ההקדש מעולם דהוה האבן של הקדש שהיה כמאן דליתא ואינה במציאות והאבן הזה שעשה בו שינוי מעשה אחר הוא כמו שכתב התוס' דמשום הכי מותר גבי אתנן דזה הדבר לא נתנה באתננה כיון שעשה שינוי בהאתנן שנתן לה ועדיף טפי ממוציא מעות הקדש בשוגג דהתם הוציא מרשות הקדש לרשות אחר · אבל לא הוציאה מעולם במה שהוציאה לרשות אחר והכא האבן של הקדש הוציא מעולם דהוה כמאן דליתא לכן מעל אף שאינו קונה בשינוי כיון דקסבר שהוא שלו וכיון שבררתי שאין שום ראיה לנו דבשינוי מעשה קונה אם אין מתכוין לקנותה ואדרבה הבאתי ראיה מדברי התוס' דכתובות על הך סוגיא דמשוך פרה ולא תקני אלא לאחר שלשים יום דלא קנה אם אין מתכוון לקנותה לכן נראה לי דלא קני :

פרח ד

וכן נראה לי להביא ראי' מדברי הרמב"ם שאם אינו מתכוין לקנות הגזילה בעת שנשתנה לא קנה דהר"ן בפרק הכותב (דף פ"ו) בד"ה גרסינן בגמרא וכו' הקשה על דברי הרמב"ם בהלכות גירושין פרק ט' ה"ל ב' כתב האומר לאשתו הרי זה גיטך ולא תתגרשי בו אלא לאחר ל' יום אינה מגורשת אלא לאחר ל' יום וכו' ואחר כך כתב בה' ג' הלכה והניחתו בצדי רשות הרבים ונגנב או אבד משם לאחר ל' יום הרי זו מגורשת הואיל והיה הגט קיים ביום שמתגרשת בו ויחדו אותו במקום שאין רשות הרבים שצדי רשות הרבים אינן כרשות הרבים עכ"ל · ובפ"ב מהל' מכירה ה"ל ט' כתב האומר לחבירו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום ומשך לא קנה ואם אמר לו' קנה מעכשיו ולאחר שלשים יום קנה ואפילו היתה עומדת באגם ביום שלשים וכו' עכ"ל · הרי כאן במכירה הוצרך הרמב"ם דבעינן דוקא שיאמר מעכשיו וגבי גט לא כתב דבעינן מעכשיו משמע דדעתו אף אם לא אמר מעכשיו מגורשת · ותירץ על זה הרב המגיד בהלכות גירושין דהתם הקנין במשיכה וכבר כלה · מה שאין כן בגירושין בכתיבה מתגרשת והוא במקום קנין ופירש בעל הפלאה בחידושיו לכתובות (דף פ"ו) כוונת הרב המגיד משום דאין לדמות קנין הגט לשאר קנינים דנימא כיון שהוא קונה הגט ממילא מתגרשת תדע דהא קונה הגט בע"כ כשמגרשה והגט שלה והרי לא מצינו קנין בע"כ וכן להיפך אם מקנה לה הגט בחליפין ע"י ק"ס לא קנתה הגט כיון שלא נתגרשה בו · ולענ"ד נראה דגם בגט בעינן שיזכה האשה ויהיה שלה כשאר ממונא · דהא איתא בגיטין (דף ע"ז ע"א) דתנו רבנן ונתן בידה אין לי אלא ידה גגה חצירה וקרפיפה מניין ת"ל ונתן מ"מ ותניא נמי הכי גבי גנב אין לי אלא ידו גגו חצירו וקרפיפו מניין ת"ל המצא תמצא מ"מ וקאמר הגמרא א"כ שם צריכותא למה לי למכתב בתרווייהו · ואי אמרינן דאין האשה זוכה בגט משום קנין רק כיון דמגורשת זכתה בהגט אף אם נכתב בתורה דמתגרשה האשה אם זרק לה בתוך חצירה לא הוה ידעינן גבי גנב דאם זרק הגנב הגניבה לתוך חצירו אם חייב הגנב · דבגנב בעינן שיקנה הגניבה בקנין כמו בלוקח שקונה החפץ שקנה כדאמרינן בכמה דוכתי · ואחד מהם בב"ק (דף ע"ט ע"א) ובחו"מ סימן ש"ג ואיך נוכל ללמוד גנ"ע מגט · וזה דוחק לומר דזה כוונת הגמרא דאי אשמועינן גט דבע"כ מגרשה אבל גנב דליתא בע"כ אימא לא כו' עכ"ל הגמרא · דכיון דמתגרשת בע"כ ע"כ לא בעי קנין בגט כדהוכיח מזה בעל הפלאה · על זה יש שני תשובות. חדא דהכתוב לקמן במזה אין הוכחה · שנית דא"כ עיקר התירוץ חסר בגמרא דהוה להגמרא לומר דאי אשמועינן גט משום דלא בעינן שתקנה האשה הגט בקנין כמו שאר דברים כגון מו"מ והגמרא מייתי הוכחה משום דבע"כ מתגרשה ידעינן דלא בעי קנין ושבקה הגמרא העיקר ונקטה הוכחה · ואף מאי דמסיק שם אבל גנב דליתא בע"כ אימא לא בזה לא נקט הגמרא אף הוכחה דבגנב בעינן קנין דנוכל לומר אף דליתא בע"כ מ"מ קנין נמי לא בעינן · ולפי דעתי הטעם דבעינן שיקנה הגנב הגניבה משום דכתיב גבי גנב אם המצא תמצא בידו (שמות כ"ב וגו') וכיון דכתיב ידו משמע דבעינן שיקנה הגנבה ולפ"ז גבי גט ג"כ בעינן שתקנה האשה בגט בקנין כמו בשאר מקומות כגון מקח וממכר · או מקבל מתנה וכדומה משום דכתיב ונתן בידה וגו' (דברים כ"ד) · גם נראה לפי עניות דעתי להביא ראיה מב"מ (דף ו' ע"ב) כי פליגי לענין מציאה מר סבר ילפינן מציאה מגט ופירוש רש"י על זה כי היכי דגבי גט אית לה חצר לקטנה גם גבי מציאה נמי אית לה עכ"ל רש"י ובמציאה בודאי בעינן שיקנה המציאה בקנין כמו בשאר דברים כגון מקח וממכר וכדומה אבל בגט לפי דבריו לא בעי קנין רק שיבא לידה והיכי מצי למילף מציאה מגט · אלא ודאי דגם בגט בעינן שתקנה האשה בגט לכן נוכל למילף גניבה מגט ומציאה מגט וכו' · כי היכי דבגט יש דין חצר שקונה האשה הגט על ידי קנין חצר כמו כן קונה הגנב הגניבה והקטנה המציאה ע"י קנין חצר · גם הוכחה שכתב בעל הפלאה מדמתגרשת האשה בע"כ מזה מוכח דלא בעינן שתקנה האשה הגט בקנין כמו בשאר דברים · גם בזה אין אני מבין את דבריו · שמצינו כמה דברים שקונה בע"כ ונקנית בע"כ כגון יורש בע"כ ואפילו עומד וצווח שאינו רוצה לירש ויבמה נקנית בע"כ וגם אמה העבריה נקנית בע"כ עיין ביבמות (דף כ"ד) ובקידושין (דף ה') מה להנך שכן ישנו בע"כ וכו' וכן מצינו גבי יאוש שקונה הגזלן את הגזילה בשינוי מעשה בע"כ של נגזל דוק ותשכח שיש עוד דברים הנקנים בע"כ · ומה שכתב עוד ראיה דהא אם מקנה הגט בחליפין ע"י ק"ס אינה מתגרשת לכן מוכח מזה דלא בעינן שתזכה בגט בקנין · גם בזה אינו מובן דבריו דהא ידוע לכל שאין כל הדברים הנקנים שווים בדיניהם שזה קונה בכך וזה קונה בכך ואינה אחד לפניך כגון מטבע אינה נקנה בק"ס עיין ב"מ (דף מ"ה ע"ב) אתמר וכו' מטבע נעשה חליפין · עוד כתב להוכיח ממתניתין דגיטין (דף כ"ט) קתני כותב לה על קרן הפרה ונותן לה את הפרה והרמב"ם והשו"ע כתבו

לשון

לשון מוסר לה את השטר משמע דמסירה לבד שנתן לידה מתגרשת אע"ג דקיי"ל דאין בהמה גסה נקנית במסירה כמבואר בחו"מ ס' קצ"ז לדעת רמב"ם ורוב הפוסקים אלא ע"כ דכיון דקרינן בו ונתן לידה שמתגרשת בו ממילא הוא שלה. גם בזה איני מבין את דבריו שגם הרמב"ם בפ"א מהל' גירושין ה' ו' כתב לפיכך אם כתב גט על קרן הפרה נותן לה את הפרה עכ"ל הרמב"ם שם. ומה ששונה הרמב"ם דפ' ד' ה' ג' שם שכתב מוסר לה העבד והפרה או הנייר מחוק והדיפתרא וכיוצא בו בפני עדים ולא לשון נותן לה וכו' כלשון המשנה משום דהרמב"ם קאי ממאי דסליק מני' בה' ב' שכתב שכותבין על דבר שא"י להזדייף והוא שיתנו לה בעידי מסירה ועל זה קאמר כיצד כו' ועל קרן של פרה ומוסר לה וכו' משום דכתב מקודם שיתנו לה בעדי מסירה. הוצרך לכתוב ומוסר כדי שיהיה הלשון בסגנון אחד. ובזה ג"כ ניחא מאי דמשני השו"ע בא"ע ס' קכ"ד ס"ב שגם שם שונה מלשון המשנה שכתב ג"כ ומוסר משום דקאי אדלעיל מני' שכתב מקודם והוא שיתננה לה בעידי מסירה כיצד כו' ומוסר לה כו' וגם אף הבעל הפלאה בעצמו הביא שם הב"י דבעינן שתקנה האשה העבד באחד מדרכי הזכיה:

עוד כתב ועוד ראיה דהא כתב הש"ך בס' ר"ב ס"ק ג' דקנין החצר לא מהני כשחצירו ומתנתו באים כאחד והוכיח שם מכמה פוסקים והרי מפורש בב"ש ר"פ הזורק דאמרינן גיטה וחצירה באין כאחד ולא מטעם אגב כמ"ש הר"ן שם אע"כ צריך לומר דלא דמי קנין הגט לשאר קנינים. גם ראיה זו כבר כתבתי בסוף כפתור שני שאין מזה הוכחה דהתם גוף החצר שלה הוא מקודם דהא מנכסי מלוג הוא כמבואר שם בגמרא. רק שהבעל אוכל פירות. ומפני זה לא תוכל האשה לקנות בחצר שום דבר שיהיה שייך לה לבדה ולא יהיה לבעלה חלק בהדבר שנתנו בהחצר ולכן אמרינן שגיטה וחצירה באים כאחד כיון שנתן לה הגט סילק א"ע מלאכול את הפירות ופקע רשות הבעל והוה כאילו החצר שלה בשלימות מה שאין כן בהך דינא דמיירי הש"ך שם אין להלוקח שום זכות בגוף החצר קודם המתנה לכן לא אמרינן חצירו ומתנתו באים כאחד וזאת הסברא אמרתי מדעתי ואח"כ מצאתי שקדמני אחד מדבר. הגאון בעל ישועות יעקב בא"ע ס' קל"ט ס"ק א' שכתב ג"כ קצת מזה יבואר שם בטוב טעם ודעת. וגם ראיתי בספר קצות החושן בס' ר' ס"ק ה' שהביא ג"כ ראיה מהא דקיי"ל כתבו על איסורי הנאה כשר ואף על גב דליכא זכי' כלל באיסורי הנאה וכמ"ש הרשב"א בתשובה ס' תר"ב ע"ש. וזה דלא כדברי ריב"ש דס"ל דיש זכיה באיסורי הנאה אלא ודאי דגירושין דבע"כ לא בעי זכיה כלל אלא ונתן בידה. ולפ"ז נראה בשטר מתנה שכתבו על איסורי הנאה דלא מהני ומשום דגבי שטר מתנה כתיב ואקח ספר המקנה ובעינן שיזכה בו המקבל ובאיסורי הנאה לא שייך תורת זכיה לפי מ"ש הרשב"א בתשובה הנזכרת. גם דבריו אינו מובן לי לפענ"ד דלפי דבריו יהיה קשה מאי דאמרינן בגיטין (דף כ' ע"ב) ת"ר הרי זה גיטך והנייר שלי אינה מגורשת ופירוש רש"י ע"ז דכיון דהנייר שלו לא נתן לה כלום דנמצאו אותיות פורחות באויר וכן פסקו בשו"ע א"ע בס' קמ"ג בסעיף י"א ועיין שם בבית שמואל ס"ק כ"ה ואי אמרינן דבאיסורי הנאה לא זכיה האשה בגט והרי הוא כהפקר נמצא אותיות פורחות באויר. אלא ודאי הא דאמרינן כתב על איסורי הנאה כשר היינו דוקא באיסורי הנאה שיכול להנות שלא כדרך הנאתן הוי כשאר ממונו כדכתבו התוס' בקידושין (דף נ"ו ע"ב) ד"ה הקדיש וכו' דבדאיכא שוה פרוטה אם תהיה שלא כדרך הנאתן מקודשת לחד תירוצא. וגם אף לתירוץ שני דאינה מקודשת היינו דוקא גבי קידושין אבל לשאר דברים הוי כממונו כמו שלא הוה איסור הנאה. ולכן אם כתבו הגט על איסורי הנאה לא מקרי אותיות פורחות באויר כיון דממון של הבעל הוא והיא זוכה בהגט בקבלתה. ומה דמוכיח הגמרא בגיטין (דף כ' ע"א) דנותן קאי אנתינת הגט אף אם אינה שוה פרוטה הגט ג"כ מגורשת מדשלהו מתה כתבו על איסורי הנאה כשר. ואם כדברינו דמיירי באיסורי הנאה שיכול להנות שלא כדרך הנאתן לכאורה לא מוכח מזה דיכול לומר הא דשלהו מתה כתבו על איסורי הנאה כשר מיירי שיש בו שוה פרוטה בהאי הנאה שנהנה שלא כדרך הנאתן דהוי כשאר ממונו. נ"ל דהוכחת הגמרא כך הוא. דאי פירושא דנותן שיהיה נתינה חשובה שיהיה שוה פרוטה ג"כ בעינן שיכול להנות כדרך הנאתן דאז הוי נתינה חשובה. אף דבקדושי אשה בעינן ג"כ בדבר המקדשה שיהיה שוה פרוטה ואעפ"כ מקודשת אם יש בו שוה פרוטה אם תוכל להנות שלא כדרך הנאתן דשאני התם דהא דבעינן בקידושין שיהא שוה פרוטה זאת ידעינן מצד הסברא כדאיתא בקידושין (דף ג') אשה בפחות משוה פרוטה לא מקניא נפשה וכו' עכ"ל הגמרא מה שאין כן הכא לא ידעינן מצד הסברא דבגט בעינן שיהיה שוה פרוטה רק מחמת משום דכתיב ונתן שבעינן שיהיה נתינה חשובה שיהיה שוה פרוטה לפי זה ג"כ בעינן שיכולה להנות כדרך הנאתן ומדכתב על איסורי הנאה כשר מוכח מזה דלא בעינן נתינה חשובה. ומשום הכי אף אם אין בהגט שוה פרוטה ג"כ מגורשת דלא בעינן נתינה חשובה דפירושא דונתן נתינת הגט הוא. אבל בקידושין כיון דאינה מקודשת בפחות משוה פרוטה הוא משום דאשה בפחות משוה פרוטה לא מקניא נפשה וכיון שיש בה שוה פרוטה אם תהנה שלא כדרך הנאתן מקניא נפשה. ולפ"ז ניחא מאי דאיתא התם בגיטין אמר רב אשי אף אנן נמי תנינא על עלה של זית פירש אם כתב הגט על עלה של זית וכיון דכשר על עלה של זית כשר ג"כ אם כתב על איסורי הנאה דילמא שאני עלה של זית דחזי לאצטרופי. דהכי פירושה דכיון דעלה של זית חזי לאצטרופי להנות כדרך הנאתן מקרי נתינה חשובה יותר מאם כתבו על איסורי הנאה אם תהנה שלא כדרך הנאתן בלא צירוף אף דבקדושין אמרינן איפכא דאם מקדשה בפחות משוה פרוטה אינה מקודשת אף אם יכולה להנות כדרך הנאתן ולא אמרינן דחזי לאצטרופי. ואם יש שוה פרוטה בהנאה שלא כדרך הנאתן מקודשת דהתם הטעם דאין אשה מקדשה בפחות משוה פרוטה דגנאי הוא לה ואף כי פשטה ידה וקיבלה הקידושין ג"כ אינה מקודשת כיון דכל הנשים גנאי להם להתקדש בפחות משוה פרוטה. לכן מזה ידעינן דקנין מה שנקנית לבעלה לכל הפחות הוא שוה פרוטה ופחות מכאן לא נוכל לתפוס הקנין של קדושי אשה. אף שיכול להנות כדרך הנאתן ונתינה חשובה היא מ"מ כיון דהקנין של הקידושי אשה הוא שוה פרוטה לכן אין נתפס הקידושין בפחות משוה פרוטה. משא"כ גבי גט דהתם סילוק קנין הוא כדתנן במתניתין וקונה את עצמה בגט וכו' בריש קדושין ולהכי אין הולכין בה אחר שווי הממון רק שיהיה נתינה חשובה. ולהכי מגורשת בגט אף אם אין בה שוה פרוטה אם יכולה להנות כדרך הנאתן שמקרי נתינה חשובה באופן זה. [ובדברינו אלו יתורץ קושיות התוס' בקידושין (דף ג') ד"ה והאשה וכו' ע"ש מה שהקשו על רש"י]. וכ"ת כיון שלא כדרך הנאתן אף אם שוה פרוטה אינה מקרי נתינה חשובה למה מקודשת כיון דלא הוי נתינה חשובה די"ל לומר כיון דחזינן שקבלה הקידושין ונתרצית שיהיה מקודשת בזה לכן הוי קדושין כקושיות התוס' שם בקידושין וזה שכתבתי לשיטת רש"י. וגם לשיטת התוס' בקידושין שם ד"ה אשה ג"כ ניחא שהמה כתבו דהא דבעינן בקידושין שיהיה שוה פרוטה משום דגמרינן קיחה קיחה משדה עפרון דכתיב בו כסף ופחות משוה פרוטה לא מקרי כסף. לפ"ז אם הנאה שנהנה האשה שלא כדרך הנאתן הוא שוה פרוטה מקודשת דמקרי כסף אבל בגיטין דלא בעינן רק שיהא נתינה חשובה לכן אי הוי כדרך הנאתן מקרי נתינה חשובה אף בפחות משוה פרוטה משום דחזי לאצטרופי אבל שלא כדרך הנאתן אף שיש בו שוה פרוטה לא מקרי נתינה חשובה. ולפי מה שכתבנו דאף לפי דברי הרשב"א דסובר דבאיסורי הנאה לא שייך בה זכיה דאין שום אדם יכול לזכות מ"מ אם כתב שטר מכירה על איסורי הנאה נקנה המקח בו דמה שכתב הקצות החושן שם דאינו נקנה המקח בו משום

דאין

דאין לו זכיה כבר כתבתי דהרשב"א דוקא מיירי באיסורי הנאה שאינו יכול להנות אף שלא כדרך הנאתן. אבל אם יכול להנות שלא כדרך הנאתן יש לו זכיה בגוף ואדם אחר יכול לזכות אם נותן לו כמו שהבאתי ראיה מדברי התוס' פ' האיש מקדש והבאתיו לעיל. והנה בעזרת השם בררתי כל הראיות שהביא הקצות החושן ובעל הפלאה שאין האשה צריכה לזכות בגט בקנין כמו בשאר דברים כגון מקח וממכר וכדומה שאינם ראיות:

ונשאר לנו ליישב ראיות שהביא הישועות יעקב באה"ע בס' קל"ט ס"ק א' מהא דאמר רבא בגיטין (דף ע"ז) דיקנה לה אי דוכתא דגיטה בחזקה ויהיה גיטה וחצירה באין כאחת הא בשאר דוכתא אמרינן דלא אמרינן חצירה ומתנתה באין כאחד וכתב שלדברי רש"י אתי שפיר שרש"י פירש שם בקנין אגב הקנה לה הגט ולא מתורת חצר ע"ש ולפענ"ד נ"ל דהם ג"כ מיירי שבההיא דוכתא שהגט היה מונח בתוכה היה מנכסי מלוג שלה וזה כבר כתבתי בנכסי מלוג שפיר איכא לן למימר דגיטה וחצירה באין כאחד כדכתבתי שם מילתא בטעמא. וכן משמעות הפוסקים [עיין בשו"ע באה"ע בס' ל"ב ובס' ס"ע) אך נראה לי דאף אם נאמר דמיירי שההיא דוכתא במתנה בו הגט היה של הבעל ג"כ ניחא דהנה הפני יהושע הקשה בגיטין שם לשיטת הסוברים שזוכה האשה בהגט בתורת חצר דהא רבא עכשיו הכי לא סליק אדעתא דגיטה וחצירה באין כאחד וא"כ הוה סבר דבעינן שיהיה החצר שלה קודם נתינת הגט וא"כ מאי קאמר תיזל ותיחד ותפתח הא לא מהני כיון שלא היה החצר שלה קודם נתינה. ומאי קאמר נמי הם אמרו בנבואתם יאמרו בארוסה דבארוסה נמי לא מהני למאי דלא סליק אדעתא דגיטה וחצירה באין כאחד. ולפענ"ד נראה לתרץ זאת. אך מקודם אפרש מה שכתב התוס' שם בד"ה ותיזל וכו' ואי לא הוה כמי טלי גיטך על גבי קרקע דכיון שהגט בא מרשות הבעל לרשותה הוה כאילו נתן לה דמנא ידעינן זאת מן התורה. וצ"ל דאיתא שם בע"א ת"ר ונתן בידה אינו אלא ידה גגה חצירה וקרפיפה מניין ת"ל ונתן מ"מ ואם נפרש כפשוטו צריכין להבין דהוי ליה לכתוב הריבוי דאם נתן הגט בחצירה דמגורשת אצל בידה והתורה כתבה הריבוי דבחצירה מתגרשת אצל הבעל והיה לו לכתוב אצל האשה. לכן נ"ל דהתורה גילתה לנו דאם נתן הגט בחצירו ואמר שתהיה גיטה ומתנתה של חצירה באין כאחת. ותהיה מגורשת. והיא עשתה קנין בחצירו שנתן לה מגורשת דלא הוי כטלי גיטך מעל גבי קרקע כיון שהגט בא מרשות הבעל לרשותה. ומשום זה כתבה התורה הריבוי דחצר אצל הבעל דהיינו גבי ונתן כדי לאשמעינן זאת. דאם כתבה התורה הריבוי דהחצר אצל האשה דהיינו אצל ידה הוה אמינא היינו דוקא שנותן הגט בחצירה הוא דמגורשת אבל בחצירו שיהיה גיטה ומתנתה באין כאחת לא אמרינן. וכיון שבררתי שמפורש זאת בתורה שאמרינן גיטה וחצירה באין כאחת אמאי פליגי וטרי אמוראי בזה עד דאמר רבא גיטה וחצירה באין כאחת הלא מפורש זאת בתורה. אך גם זה ניחא דמן התורה אין הבעל אוכל פירות עי' בתוס' שם בע"ב ד"ה מה לחד תירוצא שם וגם מכרה או נתנה החצר הוא קיים. עיין בתוספות בתירוץ השני. משו"ה נוכל לומר דגיטה וחצירה שבא ע"י מתנת הבעל באין כאחד. אבל כיון דתקנו רבנן שהבעל אוכל את הפירות ואם מכרה או נתנה אינה קיים ומה שקנתה אשה קנה בעלה ומשום זה לא יכולה האשה לקנות החצר שנתן לה בעלה עיין בתוספות שם ובראשונים ותמצא זאת בהדיא במטעם זה אינה מגורשת אם זרק בחצירה מנכסי מלוג שלה. וגם החצירה שנתן לה במתנה. לכן לא רצו אמוראים לומר דגיטה וחצירה באין כאחת כיון דלא קנתה החצר שמה שקנתה אשה קנה בעלה עד דאמר רבא דגיטה וחצירה באין כאחד פירש שיכולה האשה לזכות בהחצר ולא יהיה לבעלה שום זכות בה מטעם שגיטה וחצירה באין כאחד לכן ניחא ג"כ המעשה דשכיב מרע אף דהקנה לה הגט בתורת חצר ומזה ידעינן מן התורה דגיטה וחצירה באין כאחד כדכתבתי. מ"מ אמר רב עולא דלא תהיה מגורשת כיון דלא זכתה האשה בהחצר דמה שקנתה אשה קנה בעלה כדכתבתי לעיל. עד דאמר רבא גיטה וחצירה באין כאחד פירש אף דרבנן תקנו שיהיה הבעל אוכל פירות ואין ממכרה ממכר דמה שקנתה אשה קנה בעלה מ"מ היכי דגיטה וחצירה באין כאחד אין לבעלה שום זכות בחצר שנתן לה ולהכי מגורשת ובזה נסתלקו קושיות הפני יהושע ודו"ק:

והא דיליף רבא מהא דיד העבד כיד רבו והיכי זוכה בשטר ע"י עצמו אלא גיטו וידו באין כאחד ה"נ גיטה וידה באים כאחת. יש לומר קודם דתקינו רבנן דהבעל אוכל פירות וכו' לא הוה מצרכינן למילף מעבד. רק כיון דתקינו רבנן שמה שקנתה אשה קנה בעלה. לכן צריך רבא למילף מעבד. וא"כ י"ל דהיינו דוקא גבי גט דמסקנא דש"ס בגיטין (דף ע"ז וב"מ דף י') דחצר משום ידה איתרבאי. אבל חצר דמציאה או מתנה שהם הזכיה מתורת שליחות בזה מצרכינן שתהיה חצירה קודם לכן. ולא אמרינן חצירו ומתנתו באין כאחד. ואח"כ מצאתי בספר קצות החושן בס' קצ"ח בס"ק ב' שכתב ג"כ לתרץ כן דגבי גט דחצר דאיתתא מדין יד אתרבאי. התם גיטה וידה באין כאחת. אבל חצר דגברא דהוא מתורת שליחות לא אמרינן חצירו ומתנתו באין כאחד עכ"ל הק"ה:

גם ראיתי שהקשה הקצות החושן שם על דברי הש"ך הנ"ל מפרק קמא דמציעא שם בעובדא דר"ג וזקנים כו' ומקומו מושכר לו ופריך וכו' ר"ג וזקנים בצד חצר עומדין כו' אמר רב פפא דעת אחרת מקנה אותו שאני וע"ש ומבואר גם בחצר דשליחות דאין כאחד וליכא למימר שבתחלה הקנה להם החצר וא"כ נתן המעשרות דהתם ע"כ בבת אחת מיירי דהקשה שם במרדכי בהאי דמשני דעת אחרת מקנה אותו שאני דהא כיון דס"ל טובת הנאה אינו ממון שם בסוגיא והינו אלא הפקר א"כ היכי הוי בו דעת אחרת. ומתורץ כיון שהקנה להם ג"כ חצירו חשיבה דעת אחרת מקנה ע"ש ואי נימא דבתחילה הקנה להם חצר א"כ בשעה שנותן המתנות ליכא דעת אחרת מקנה כלל כיון דטובת הנאה אינו ממון וע"כ מיירי בחצר ומתנה כאחד א"כ מוכח דאפילו בחצר דגברא אמרינן חצירו ומתנתו באין כאחד. ולפענ"ד לתרץ דברי הש"ך. דכיון שכתבו התוס' שם בע"א בד"ה עישור דכבר הפרים המעשר ראשון וגם המעשר עני רק כיון דשעת הביעור היתה וצריך להוציאם מתחת ידו ולתנם לכל אחד המתנות המגיע להם. ולכן המקום שמניח המעשר ראשון והמעשר עני הוא שייך למי שיתן המעשרות דבודאי הבעלים מחוייבים לשמור המעשרות עד שיתן כפי שצוהו התורה כדאיתא בב"ק (דף מ"ח ע"ב) ואי אמר ליה שמרי אקנוי אקני ליה מקום בחצר עכ"ל הגמרא ועיין ברשב"ם ב"ב (דף פ"ה ע"א) ד"ה המופקדים כמו שהפקיד שם מוכר פירותיו ומשתמה הקנה ליה נפקד למפקיד את רשותו עכ"ל. וכיון שהחצר הוא של המקבלי מתנות כהונה אך לא הוברר לאיזה מהם הוא וגם המעשר עני נמי לא הוברר אם יתן הוא לעני או לגבאי של עניים שהוא יחלקם ואף שיש להבעלים טובת הנאה בכן וטובת הנאה ממון לפי דאיירינן השתא. מ"מ הבעלים לא יוכלו ליטול עבור ט"ה הזה מהמעשרות רק כל המעשרות מחויבין ליתן. לפ"ז המקום שמונח המעשרות הוא שייך להמקבל מתנות אך לא הוברר למי ובעת הוברר למי שייך המקום ולהכי אמרינן שהחצר והמתנה באין כאחד. ומ"מ הסביר דכיון דלא הוברר עדיין לא היה קנין גמור. וכיון שחזרנו על כל הראיות שהביאו שלא בעינן שתזכה האשה בהגט בקנין כמו בשאר דברים כגון מקח וממכר והשבתי שלפענ"ד אין מזה ראיה. לכן אציגה לפניך ראיות להיפך דבעינן שתזכה האשה הגט בקנין כדרך שקונים בשאר דברים כגון מו"מ. חדא מהך דב"מ דילפינן קטן מקטנה כדכתבתי לעיל. שנית מהך לריבותא דאיתא בגיטין (דף ע"ז) כדכתבתי לעיל שלישית מהך דגיטין (דף כ') דהם אמר הרי זה גיטך

והנייר שלו אינה מגורשת ופירש"י והר"ן והריטב"א בחידושיו שם והביאו שמואל בא"ע בס' קמ"ג דהטעם כיון דאין הנייר שלה לא נתן לה כלום דנמצאו אותיות פורחת באויר בשבא ליד האשה ואם נימא דלא בעינן שתזכה האשה בגט כדברי הקצה"ח · נמצא דהנייר של הגט של איסורי הנאה הוא של בעל · ואף אם תימא כיון דנתן לה הגט סילק את עצמו מהנייר הגט שנתן לה ודומה קצת למאי דאמרינן בכריתות (דף כ"ד ע"א) ומקבל מתנה שאמר שאחר שבאת מתנה לידו מבוטלת היא דבטל אי אפשי בה דדבריו קיימין בטילה היא אינה מתנה לא אמר כלום ועיין בגיטין (דף ל"ב ע"א) ובתוס' שם ד"ה מבוטלת וכו' מ"מ אינה מגורשת כיון דהנייר הוה הפקר דלא זכתה האשה בהנייר של איסורי הנאה · נמצא עד שלא זכתה בה לא נתן לה מידי ואותיות פורחות באויר מוכח מזה דצריכה האשה לזכות בנייר הגט רק יכולין לקיים דברי הגאון בעל קצות החושן לפי פירוש הראשון של הריטב"א שם · שפירש דהטעם דאם אמר דיהיה הנייר שלו אינה מגורשת שהרי שייר בגופו של גט ממש ואפילו במקום האותיות ואין זה כריתות וכדומה לזה בגיטין (דף ט' ע"א) התם היינו טעמא משום דלאו כרות גיטה הוא ושם (דף ע"ה ע"ב וב"מ דף ו') אמר רב חסדא גט בידה ומשיחה בידו וכו' · והכא נימא דאף שלא זכתה האשה בהנייר של הגט מ"מ הבעל הסיח דעתו והוי הפקר ונמצא שלא יש שיורה בגט ולכן מגורשת · אך לפי מה שמסקינן מראשונים ואחרונים בנראה שעיקר הטעם משום דלא נתן לה מידי משום דאותיות פורחות באויר לא יכולתי לקיים את דבריו מהגמרא דגיטין (דף כ') הנ"ל דלפי זה בעינן שתזכה האשה בגט :

וגם נלפענ"ד להביא ראיה מירושלמי והביאו הראשונים בסוגיא שם דאיתא בירושלמי פרק שני דגיטין ה' ג' על הקרן של פרה מתניתא כשאומר לה הרי גיטך אבל אם אמר לה הרי גיטך והשאר לכתובתך נתקבלה גיטה וכתובתה כאחת וכו' עכ"ל הירושלמי · הרי מוכח מזה דאם נותן בסתמא הפרה ואמר הרי זה גיטך זוכה האשה בכל הפרה ואינו יכול לומר הבעל שתגבה מהפרה הכתובה · הרי מוכח דבעינן שתזכה האשה בגט דאל"כ אמאי לא יכול לומר הבעל שתגבה כתובתה מהפרה דלעולם לא נתן לה את הפרה בעת שקבלה הגט שכתב לה על קרן של פרה וכן כתבו הר"ן והריטב"א בסוגיא שם דמהירושלמי מוכח דאם נתנה לה הפרה בסתמא כל הפרה שלה ולפי דברי הקצות החושן דלא בעינן שתזכה האשה בגט מפני מה אמרינן שזכתה בכל הפרה · ונלענ"ד להוכיח מירושלמי שם ר' זעירא בעי קומי רבי מנא מכר לה במסירה מהו מדת הדין את אמר נקנה המקח והכא את אמר הכין או שנויה הוא דכתיב ונתן בידה עד שיהא כולו בידה הרי הזינן דדוקא אם הבהמה נקנה במסירה במקח אז יש הד צד לומר דמסר לה הפרה ולא עשה האשה המתגרשת שום קנין אחר אז היא מגורשת · אבל אם נימא בבהמה אינה נקנה במסירה במקח בודאי אין האשה מתגרשת אם מוסר לה הבעל הפרה ולא עשה האשה שום קנין אחר בהפרה וזה שלא כדברי בעל הפלאה שכתב דאף דבהמה אינה נקנית במסירה מ"מ היא מגורשת במסירת הפרה לבד דהא בירושלמי מוכח שלא כדבריו דבעינן שתזכה האשה בגוף הפרה אם כתב הגט על קרן פרה · מכל הראיות הנ"ל נלעפנ"ד דבעינן שתזכה האשה בגט בקנין המועיל בשאר מקומות כגון מקח וממכר וכדומה ואז היא מגורשת · וכיון שבררתי זאת לכן לכאורה אי אפשר לתרץ דברי הרמב"ם שסותר דבריו מה שכתב בפ"ב מהל' מכירה עם דבריו שכתב בפ"ט מהל' גירושין הנ"ל אם נאמר דכוונת הרב המגיד כדפירש בעל הפלאה את דבריו · :

ולפ"ז צריכין לתרץ דברי הרמב"ם באופן אחר דכתב הב"ש בא"ע בסי' קכ"ז דדעת הרמב"ם דגט שאין בו זמן פסול אפילו מסר הגט שאין בו זמן לפני עדי מסירה לפ"ז בודאי בסתם גט יש בו זמן ואמרינן בב"ב (דף קל"ו ע"א) דהלכה כר יוסי דאמר זמן של שטר מוכיח עליו פירש דזמן של שטר הוי כמו דאמר מעכשיו ואע"פ דפירש רשב"ם דהטעם הוא דאי לא תימא שמאותה הזמן התחלה המתנה · זמן שנכתב בשטר בחנם נכתב · אלא ודאי להקנות מאותה היום נכתב ובגט אין שייך לומר טעם זה דהא צריכין לכתוב בשגט זמן דבלא זמן פסול הוא · נלענ"ד דהרשב"ם פירש כן מפני שמיירי בשאר שטרות לכן מפרש כן דעדיפא טפי טעמא דר' יוסי אבל האמת אף בגיטין סובר ר' יוסי כן כדאיתא בגיטין (דף ע"ב ע"א) (ובדף ע"ו ע"ב) בהדיה וגם מדברי הרשב"ם שם מוכח כן דאם לא תאמר כן הוה לתרוצי מה דהקשה דהכא אמר הלכה כר' יוסי ובפרק המגרש משמע דאין הלכה כר' יוסי דבהמגרש מיירי בגיטין לכן אין זמנו מוכיח והרשב"ם מתרץ באופן אחר · אלא ודאי אמרינן גם בגט זמנו מוכיח עליו והוה כמו דאמר מעכשיו · וכיון דכתבתי דדעת הב"ש בשם הרמב"ם לפסול גט שאין בו זמן אף אם מסר בפני עדים לכן בודאי הגט נכתב בזמן והוה כמו דאמר מעכשיו · וגם בלאו הכי נ"ל להוכיח דסתם גט יש בו זמן דהא בב"ב הנ"ל מיירי בשאר שטרות ואמר שם ר' יוסי דאין צריך לכתוב מהיום ולאחר מיתה דאפילו אם לא נכתב דינו כמו אמר מהיום ולא פירש ר' יוסי דזה היינו דוקא כשנכתב זמן בשטר דהא טעמו הוא משום שזמן של שטר מוכיח עליו אלא ודאי כיון דסתם שטר נכתב בו זמן לכן לא פירש ר' יוסי וגם בגיטין בשני מקומות הנ"ל פליג ר' יוסי עם הבר פלוגתא ולא פירש דהיינו דוקא אם נכתב הזמן בגט מכל זה מוכח דאין צריכין לפרש דמיירי שיש בו זמן דסתם שטר או גט נכתב בו זמן · ולפ"ז לכאורה מתורצים דברי הרמב"ם שלא יהיה סתרי אהדדי דגם בגט כיון דמן הסתם נכתב בו זמן הוי כמו דאמר מעכשיו ולאחר שלשים יום ופיסקי דברי הרמב"ם עולים בקנה אחד שבשניהם הן בקנין פרה לאחר שלשים יום והן בגט לאחר שלשים יום אינה נגמר הקנין בפרה · והגירושין באשה לאחר שלשים רק בדאמר מעכשיו · לפ"ז מוכח מדברי הרמב"ם דאף אם נתן לה הגט מעכשיו ולאחר ל' יום דהגירושין מתחיל מעכשיו רק דנגמרה לאחר שלשים יום דהא אין שייך לומר בגט אשה דהפירות יהיה לה מעכשיו כמו דפירשו הרשב"א והר"ן · גבי אם אמר פרה זו קנויה לך מעכשיו ולאחר שלשים יום דהפירות של הפרה יהיה של הלוקח מעכשיו והגוף של פרה לאחר ל' יום כדהבאתי לעיל דבריהם · אלא ודאי דגבי גט פירושו דמעכשיו יתחילו הגירושין לכן אמר מעכשיו ואפילו הכי בעינן דוקא שהגט מונח בשעה שיהיה המקום ראוי לקנות בו הגט ה"נ גבי גזלן אע"פ שיש בהגזלה קנין קצת בעת שהוציאו מבית הבעלים כדכתבתי לעיל בשם התוספות ב"ק אפילו הכי בעינן שיהיה הגזלן מתכוין לקנותו בעת שנשתנה הגזלה משום דאז הוא גמר הקנין כמו דבעינן גבי גט אשה בעת שנגמר הגירושין שיהיה מונח הגט בהגג על מקום הראוי לקנות הגט אף דגם שם מתחיל הגירושין בתחילת השלשים יום כיון דנכתב זמן הוה כמו דאמר מעכשיו כדכתבתי :

אך דמוכח מדברי הרמב"ם שאינו פוסק כר' יוסי בגיטין שכתב בפרק שמיני מהל' גירושין ה"ל א' המגרש וכו' משם נתבאר שהמגרש על תנאי כשיתקיימו התנאי תהיה מגורשת בשעה שהתקיים לא משעת נתינת הגט לידה עכ"ל · וזה לא הוי כר' יוסי דלר' יוסי מגורשת כשיתקיים התנאי ולאחר זמן אפילו הכי מגורשת משעת נתינת הגט לידה דסתם גט יש בו זמן והוי כמו דאמר מעכשיו · וגם בפ' ו' מהל' אישות כתב הרמב"ם וכן הדין בגיטין ובממונות בשעה שיתקיים התנאי הוא שיהיה גט או יתקיים המקח או המתנה עכ"ל הרמב"ם וכתב הרב המגיד בפ"ה מהל' גירושין שאף שהרמב"ם פוסק כר' יוסי בפ' אחרון בה' זכי' ומתנה וא"כ למה אמר רבינו שבדיני ממונות אין הענין מתקיים עד שיתקיים התנאי היינו דוקא בתנאי לאחר מיתה הוא דסובר ר' יוסי דזמן של שטר הוי כמו דאמר מעכשיו · אבל בשאר תנאים אינו סובר ר' יוסי דזמן של שטר הוי כמו דאמר מעכשיו עיין ברב

המגיד

המגיד שם שביאר טעמו של דבר זה. וכיון שכן לא נוכל לומר כדברינו לתרץ דברי הרמב"ם דמה שכתב בפ"ט מהל' גירושין אם אמר לאחר שלשים יום תהיה מגורשת דינו כמו דאמר מעכשיו כיון דנכתב זמן בגטו הא מוכח בדברי הרמב"ם דדוקא בתנאי דלאחר מיתה אמר ר' יוסי דזמן של שטר הוי כמו דאמר מעכשיו אבל בשאר תנאים אינו סובר ר' יוסי דזמן של שטר הוי כמו דאמר מעכשיו. ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתא שבפ' ב' מהל' מכירה פוסק הרמב"ם גבי אם אמר תהיה פרתי קנויה לך מעכשיו ולאחר שלשים יום היינו דוקא אם אמר מעכשיו אז היא קנויה אי לא לא קני וגבי גירושין פסק בפ"ט מהל' גירושין דאם אמר תהיה מגורשת לאחר שלשים יום אף לא אמר מעכשיו ג"כ מגורשת. לכן נ"ל לתרץ דברי הרמב"ם כמו שכתב הרב המגיד בפ"ט מהל' גירושין אך אין הפירוש כדברי הרב המגיד כמו שפירש בעל הפלאה את דבריו דדבריו אינם מובנים לי כמו שכתבתי לעיל. אך נ"ל לפרש את כוונת הרב המגיד באופן אחר לפי מאי שכתבו התוספות בכתובות (דף פ"ב ע"א) ד"ה הא וכו' דאם קדשה בכסף לאחר שלשים יום לא בעינן שיאמר מעכשיו דדוקא גבי פרה והקנין היה במשיכה התם בעינן דוקא דאמר מעכשיו ולאחר שלשים יום דבשעת קנייה כבר פסקה המשיכה. אבל גבי קנין כסף הוא קונה אף לאחר ל' יום. לכן אף דלא אמר מעכשיו קנה גבי פרה וגבי אשה מקודשת. וכהאי גוונא כתב התוס' בקידושין (דף ס"ג) ד"ה כגון וביבמות (דף נ"ג ע"א) ד"ה קני' וזה כוונת הרב המגיד הנ"ל מה שכתב והטעם בזה דפרה במאי הוא קונה אותה במשיכה ולאחר ל' יום כבר כלתה משיכתו הלכך אם לא אמר מעכשיו לאו כלום הוא אבל הגט בכתיבה היא מתגרשת. והכתב עדיין קיים ביום ל' והוא במקום קני' כו' עכ"ל הרב המגיד כוונתו בזה דכיון דבגירושין מתגרשת בכתב והוי כמו קנין דכסף דפרה או כקדושי כסף גבי אשה דלא בעינן שיאמר מעכשיו דהקנין קיים אפילו לאחר ל' יום ולכן גם בגירושי אשה במה שהיא מגורשת הוא קיים הגירושין שלה אף לאחר ל' יום דהיינו שמתגרשת בכתב לכן מגורשת אם אמר לאחר ל' יום בלבד אף דלא אמר מעכשיו זהו כוונת הרב המגיד. והוא דבר נאה ומתקבל אם תעיין היטיב בדברי הראשונים בסוגיא זו ובדברי הרמב"ם מה שצריך לזה. וגם מוכח פירש זה מלשון הרב המגיד. לפ"ז מתורצים דברי הרמב"ם דדוקא גבי פרה בעינן שיאמר מעכשיו ולאחר ל' יום אבל גבי גט אף לאחר ל' יום בלבד ג"כ מגורשת. ולפ"ז אין ראיה מהרמב"ם דגזלן לא קני בשינוי רק כשמתכוין לקנותה אף דמתחיל הקנין הגזילה בעת שהוציאו מבית הבעלים מה"ט דבעינן דאם אמר מעכשיו ולאחר ל' יום דהקנין ג"כ מתחיל מעכשיו אפ"ה בעינן שיהיה עומדת באגם לאחר ל' יום במקום הראוי לקני' דהא גבי גט אשה לא בעינן דיאמר מעכשיו לשיטת הרמב"ם רק גבי קניית פרה במשיכה בעינן מעכשיו ונוכל לומר דאין כוונתו מה שיאמר מעכשיו שמעכשיו יתחיל הקנין בגוף הפרה רק כוונתו שהפירות יהיה של הלוקח מעכשיו. ולאחר ל' יום יקנה גוף הפרה כמו שפירשו הרשב"א והר"ן והלחם משנה הבאתי דבריהם לעיל. לפיכך בעינן שלאחר ל' יום יהיה עומדת הפרה באגם דמוקדם לכן לא יהיה לו קנין בגוף הפרה כלל אבל גבי גזלן דהקני' הוא לי' בגוף הגזילה בעת שהוציאו מבית הבעלים אם יהיה נשתנה הגזילה לכן נוכל לומר דלא בעינן שיהיה מתכוון לקנות את הגזילה בעת שנשתנה דהוי כשאר תנאים בעלמא אף אם אינו מתכוין. אך מדברי התוספות (דף פ"ב) יש ראיה דאם אינה מתכוין לקנותה לא קני הגזלן בשינוי מעשה:

דינים העולים מפרח זה ומפרח הקודם

א דגזלן אינו קונה בשינוי מעשה אם אין מתכוין לקנותה:

ב דשואל לא קנה בשינוי מעשה אם נשתנה הדבר מכמו שהיתה בשעת שאלה:

ג אם לא עשה קנין בגט קנין המועיל בשאר דברים כגון מקח וממכר וכדומה כגון שמסר לה במסירה הגט ולא משכה ולא הגביה אינה מתגרשת דלא כמו שכתב בעל הפלאה בכתובות שהבאתי לעיל דאף השתא אינה נקנה במסירה מ"מ אם כתב את הגט על קרן של פרה ומסר לה את הפרה מתגרשת עיין בכתובות (דף פ"ו) שכתב כן על דברי התוספות בדיבור המתחיל האומר לחבירו:

ד אם כתב הגט על איסורי הנאה באינו יכול להנות אף שלא כדרך הנאתן אינה מגורשת:

ה אם כתב שטר מתנה או שטר מכירה על איסורי הנאה שיכול להנות שלא כדרך הנאתן קנה המקבל מתנה או הלוקח אף לדעת הרשב"א שכתב דבאיסורי הנאה לא יש לאדם שום זכיה:

ו היכא דנתן סלע לצדקה לעניים ואח"כ יברר לאיזה עני רוצה ליתן ואח"כ בירר לאיזה עני רוצה ליתן ומקומו מושכר לו זוכה העני הסלע מקנין חצר ואף לדעת הש"ך שסובר דחצירו ומתנתו באין כאחד לא מהני. בזה מודה הש"ך ולא פליג על זה:

פרח ד אות ב

אך עדיין צריכין אנו ליישב דברי הרמב"ם לפי מה שכתב הרב המגיד הנ"ל שהרמב"ם מפרש הגמרא דכתובות פ"ו הנ"ל הך דאמר רב נחמן משוך פרה וכו' בדאמר מעכשיו והך בעיא דבעי שם אם אמר הרי זה גיטך לאחר ל' יום והלכה והניחתו בצדי רה"ר בלא אמר מעכשיו. ואעפ"כ מדמה הגמרא הדדי דגבי גט מהני אף אם לא אמר מעכשיו כדמהני גבי פרה אם אמר מעכשיו משום דגבי גט בכתיבה מתגרשת והקנין הוא קיים אפילו אחר ל' יום מה שאין כן גבי משוך פרה לאחר ל' יום כלתה משיכתו משום הכי בעינן דאמר מעכשיו. דלכאורה קשה דלא דמי הדדי אף אם יפרש הרמב"ם אי כהר"ן שהבאתי לעיל או כפירש התוספות שהבאתי לעיל או כפירושו הא דקונה בהך דאמר משוך פרה ותהא קנויה לך מעכשיו ולאחר שלשים יום דהפירות קנה מעכשיו והגוף לאחר ל' קשה. ומתחילה אכתוב דאם נאמר דיפרש הרמב"ם כפירוש התוס' דהא דאמר קני' לך מעכשיו קונה גוף הפרה רק שייר בקניניה וגומרת שיכלה השלשים יום יהיה קשה האיך מדמה הגמרא הדדי הא. נוכל לומר דבשלמא גבי משוך פרה הוא דקני משום דהתחיל קניית גוף הפרה מעכשיו ולהכי גומרת קניניה אחר שלשים יום אבל מה שאין כן בהך דבעי גבי גט דמיירי דלא אמר מעכשיו ולא התחיל הגירושין כלל מעכשיו אינה מגורשת אפילו לאחר שלשים יום אם אין הגט מונח ברשותיה היינו חצירה. וכדומה לזה. ותו קשה הא מבואר בחו"מ ס' כ"ג ברמ"א סעיף יו"ד דאם החליף מעות ומטלטלים או מעות וקרקע ביחד י"א הואיל והליפין אינן קונין במעות נתבטל כל הקנין וי"א דכל הקנין קיים וי"א דקיים אלא הקרקע והמטלטלים ובטל אלא המעות עכ"ל הרמ"א. והאיך נוכל לפשוט איבעיא דגט מהך דמשוך פרה דנוכל לומר כי היכי דחל הקנין על קצת הפרה מעכשיו וכמו דס"ל לר"י בקידושין (דף נ"ט) במקדש מעכשיו ולאחר ל' יום ובאו אחרים וקידשוה דקדושי כולם תופסין. והיינו דס"ל דמעכשיו קנוי' ומשויירת. נמצא דקונה קצת בהפרה אם אמר מעכשיו ולכן כיון דחל הקנין על מקצת הפרה חל הקנין ג"כ שיהיה גומרה קניניה לאחר שלשים יום. מה שאין כן גבי גט דמיירי דלא אמר מעכשיו ולא התחיל הגירושין כלל מעכשיו ואינה מגורשת כלל אף לאחר שלשים יום אם לא היה הגט בחצירה וכדומה והאיך רוצה לפשוט. ואפילו להחולקים שם ברמ"א דלא אמרינן מגו דחל הקנין ע"ז שמועיל בה הקנין חל נמי הקנין ג"כ על דבר שאינו מועיל היינו דוקא התם לא אמרינן מיגו משום דבהך הדבר אינו מועיל הקנין כלל. משא"כ הכא דבכל הפרה מועיל בה קנין משיכה בהא כ"ע מודים דאמרינן מיגו כדמובא ברמ"א שם ובדברי המרדכי פרק מי שמת שממנו נובע הדין הזה. וכן קשה אף אם נאמר דהרמב"ם מפרש כפירוש

כפירש הר"ן דהא אמר מעכשיו קונה הגוף מהיום ג"כ לא נוכל לפשוט אבעי דגט דנוכל לומר כיון דקנה הגוף מהיום ולא היה רק להמוכר זכות פירות ולכן כשכלה השלשים יום נסתלק זכות הפירות של המוכר ולא יקנה לו שום דבר אחר שלשים רק סילק זכות פירות בעלמא כדכתבתי לעיל · דמשום הכי גבי כותב נכסי' לבנו דאיתא בסוף יש נוחלין דקנה הבן הנכסים אף דבעינן שיכתוב מהיום דאל"כ אינה נגמר הקנין כשמת האב דהנכסים של היורשין הן דמיירי במתנות בריא ואפ"ה קני אם כתב בה מהיום אף דהפירות הם שייכים להאב בחיי' מ"מ קנה להבן הגוף מעכשיו והפירות לאחר מיתת האב דאינה עושות שום קנין לאחר מיתת האב רק סילוק בעלמא · וה"נ גבי הא דאמר רב נחמן גבי משוך פרה וכו' אינה עושה שום קנין אחר שלשים יום רק סילוק פירות בעלמא · ולפ"ז יהיה ניחא מה שכתב הר"ן דקונה גם הפירות של הפרה לאחר שלשים אפילו עומדת הפרה ברה"ר משום דהוה רק סילוק זכות בעלמא והיכי רצה לפשוט גבי גט היכי דלא אמר מעכשיו דהתם כל כח הגרושין נעשית לאחר שלשים יום ולא שום דבר מה מהגירושין בתחילת השלשים דיהיה מגורשת לאחר שלשים יום אם לא היה הגט בתוך אגירה או כדומה [וגם יהיה קשה אם נאמר דפירש הרמב"ם כפירש הר"ן מה דקשיא לן אם נאמר דיפרש כפירש התוספות והמבין יבין] · וגם אם נאמר דיפרש הרמב"ם כפירושו דאם אמר משוך פרה מעכשיו וכו' הפירות קנויים לי' מעכשיו והגוף לאחר שלשים יום ג"כ קשה האיך רצה לפשוט אבעי דגט מהך דמשוך פרה וכו' דנוכל לומר דגבי פרה קנה לאחר שלשים משום כי היכי דחל הקנין על הפירות מעכשיו חל נמי הקנין שיהיה קונה גוף הפרה לאחר שלשים ובהא מודים אף החולקים המבואר ברמ"א שם כמ"ש לעיל · וכעת אביא ראיה מגמרא דלא נוכל לומר דאיכא מאן דפליג בהא :

פרח ד אות ג

דגרסינן בב"ק (דף קי"ב ע"א) אמר רבא הניח להן אביהם פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאלתה מתה אין חייבין באונסיה כסבורים של אביהן היא וטבחו ואכלו משלמין דמי בשר בזול הניח להן אביהן אחריות נכסים חייבין לשלם איכא דמתני לה ארישא ואיכא דמתני לה אסיפא ופירש"י איכא דמתני להא הניח להם אביהן אחריות נכסים חייבין ארישא דקאמר מתה אין חייבין באונסיה ואם הניח להן אביהן קרקעות חייבין לשלם דאשתעבד נכסים מחיים דאבוהן דקסבר רבא חיוב אונסי' משעת שאלה מוטל על השואל ופליגי דרב פפא דאמר לקמן דלא רמי חיוב אונסיה אשואל עד שעה שתיאנס · ואיכא דמתני לה אסיפא טבחוהו ואכלוהו משלמין דמי בשר בזול ואם הניח להן אביהן קרקע משלמין פרעון שלם דהוה אינהו במקום אבוהן והואיל והם אכלוה משלמין מאן דמתני לה ארישא כ"ש אסיפא ופליגי דרב פפא · מאן דמתני לה אסיפא אבל ארישא לא וכו' עכ"ל הגמרא · ופירש רש"י אבל ארישא דמתה כדרכה לא דלא אמרינן אשתעבד נכסים דלא רמי חיוב אונסין על השואל עד שעת אונסין והיכי כי איתניסא ליתא לשואל והני לא קבל עלייהו מידי עכ"ל רש"י · וקשיא לן למאן דמתני לה אסיפא דלא רמי חיוב אונסין על השואל עד שעת אונסין באיזה חיוב נשתעבד לשלם השואל כשנאנסה דהא משיכת של השואל בספרה או בחפץ בשעה שאלה כבר כלתה משיכתו · ובמאי נתחייב השואל באונסיה הא לא יש שום קנין בשואל שיתחייב רק משיכה · דלפי הנראה מזה הסברא הוכיח התוספות בב"מ (דף צ"ט) ד"ה כך וכו' ואי השואל קאמר מדאורייתא נמי לא קני אלא במשיכה וכו' עכ"ל התוספות · דצריכין להבין מאיזה מקום הוכיח התוס' דשואל לא קני מדאורייתא אלא במשיכה וגם מוכח מדבריהם דליכא מאן דפליג בזה עיי"ש בתוספות · ומוכרחין אנו לומר שהתוספות הוכיח כיון דליכא גבי' אלא קנין משיכה דשום קנין אחר לא שייך גבי' משו"ה קנה מדאורייתא במשיכה אף דקנין משיכה אינה מפורשת בתורה כלל לפי מאי דפסקינן כר"י דאמר דבר תורה מעות קונות וכו' ואי"ה אדבר בזה הפרט לקמן · וכיון דליכא גבי שואל שום קנין רק קנין משיכה ומשיכתו כבר כלה משעה שמשך והאיך יועיל משיכתו שיתחייב באונסיה כיון דלא רמי חיוב אונסיה עד שעה שתיאנס כדכתבו התוס' בכתובות (דף פ"ב) והבאתיו לעיל דמשום הכי בעינן גבי משוך פרה וכו' שתהיה עומדת באגם דמשיכתו כבר כלתה עיין בדברינו לעיל בפרח הקודם · ולאחר שהקשיתי זאת מצאתי בבעל קצות החושן בס' ש"ז ס"ק א' שכתב שמפני טעם זה פירש הרמב"ן דהא דמהני משיכה משום דהוה שהתחילו במלאכה דהוה קנין אגב הפועלים דאזיל לטעמו דפוסק כלישנא בתרא דשומרים משעת פשיעה הם מחייבין ואם נאמר דקנו בקנין משיכה כמו בבאר דוכתא הא כבר כלתה משיכתו דהוה לי' כמו משוך פרה ולא תקני עד לאחר שלשים יום משום הכי צריך לומר דטעמו דמשיכה דהוה כמו שהתחילו במלאכה זה דברי קצה"ח · אבל לפי עניית דעתי איני מבין את דבריו בזה דהא הקנין דהתחילו במלאכה לא רמיזה בתורה רק דחכמים תקנו זאת כמ"ש השטה מקובלת ב"מ (דף ע"ו) והבאתיו לעיל בפרח זה באות א' · והא ראיה דלא מהני בשום דוכתא התחלת הדבר שיהיה נקנה בו כגון מקח וממכר ומתנה וכדומה שיהיה נקנה בעת שרוצה להכניסו לרשותו בזה התחלת הדבר כזה שלוקח את החפץ להכניסו לרשותו ויהיה נקנה אף אם לוקח את החפץ ברשות המוכר שיהי' שלו ויהיה זה קנין כמו דאמרינן גבי פועלים שהתחלת מלאכתן הוה קנין · ומשום זה נראה דדוקא גבי פועלים תקנו זאת שיהיה הקנין בעת שהתחילו במלאכה כמ"ש השיטה מקובלת הטעם שם במפני תיקון העולם שלא יהיה אדם משאיל או משכיר כלי' לחבירו ואחר שיתחיל במלאכתו שיחזור בו ויניח מלאכתו מותחלת דאל"כ מאי קנין הוא זה התחלת המלאכה · זה תורף דברי השיטה מקובלת והתוספות כתבו בב"מ הנ"ל שמדאורייתא הוה הקנין דמשיכה בשואל וליכא מאן דפליג עלה כדמוכח מדברי התוס' בהדי' ע"ש · ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתא דבמאי נתחייב השואל בחיוב אונסין · לכן נלע"ד לתרץ לפי דברינו שכתבנו לעיל · דבזה האופן ליכא מאן דפליג דיכול להקנות דבר מעכשיו במשיכה ויקנה גם במשיכה זו גם חפץ אחר אחר שלשים יום דמהני אם בשני הדברים מועיל הקנין הזה · דלא אמרינן דכבר כלתה משיכתו מהחפץ השני דכיון דחל הקנין על החפץ בקונה מעכשיו חל גם על זה · משו"ה ניחא גם הכא כי היכי דע"י חיוב משיכה של השואל נתחייב בשמירתו וגם קנה שלא יוכל המשאיל לחזור וכיון דחל המשיכ' על חיוב השמירה ושלא יכול לחזור חל נמי החיוב אונסין אף דלא נתחייב השואל באונסיה עד שעה שתאנס · וכיון שהוכחנו מהגמרא ב"ק הנ"ל דבזה כו"ע מודים במקנה חפץ שיקנה תיכף במשיכה וחפץ שני הקנה לו במשיכה לאחר שלשים יום קנה שניהם ולא אמרינן שכלתה לו משיכתו לגבי משיכת חפץ השני דכיון דחל קנין משיכה על החפץ שהקנה עכשיו חל ג"כ על החפץ השני אם היה השני דברים מועילין בהם הקנין · לפ"ז הדרא קושייתינו לדוכתא לפי פירש הרמב"ם דהיכא מדמה בהאי דגט דמיירי דלא אמר מעכשיו לפי דברי הרב המגיד לדעת הרמב"ם להך דמשך פרה וכו' דמיירי דאמר מעכשיו דהא לא דמו הדדי כדכתבתי · ונלפענ"ד לתרץ אך בהקדם אכתוב מה שכתב הקצות החושן שם הא דמהני משיכה בש"ח ובש"ש אע"ג דלא קני שום דבר דה"ל קנין להתחייב על החפץ בהאחריות כל שומר כדינו וכמו גנב וגזלן דקני להתחייב באונסין מכי משכו אע"ג דלא קני שום דבר ואם נפרש דבריו כפשוטו אין להם הבנה כלל · דיהיה תקנתא דרבנן כהלכתא בלא טעמא · ולא מצינו רק בשבעה דברים שהן כהלכתא בלא טעמא · וגם בזה יש קצת טעם כמו שכ' התוס' גיטין י"ד ע"א וגם בגנב וגזלן יש טעם בדבר כמו שאבאר לקמן · ואם נייעב דבריו דתקינו רבנן שיהא לו קנין בגוף החפץ אם יגנב או יאבד תיגלי מילתא למפרע שיהיה שלו משעת משיכה אף שלא אמר כן נעשה כאומר לו כדאמרינן

בדין המפקיד ל"ג ע"ב וגבי גנב וגזלן גם כן אוקמא רחמנא ברשותיה שיהיה לו קנין בגוף החפץ שאם יאנס ישלם כדכ' התוס' ב"ק י"א ד"ה אך שמין שיש לו קנין בגוף החפץ של הגזל תיכף כשהוציאו מבית הבעלים וא"כ קשה מהא דאיתא בפסחים (דף ה' ע"ב) כי הא דאמר להו רבא לבני מחוזא בעירו חמירא דבני חילא מבתייכו כיון דאילו מיגנב ואילו מיתבד ברשותייכו קאי ובעי לשלומי כדלכון דמי ואסור הניחא למאן דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי אלא למאן דאמר לאו כממון דמי מאי איכא למימר שאני הכא דאמר לא ימצא היכא דאמרי הניחא למ"ד דבר הגורם לממון לאו כממון דמי היינו דאצטריך לא ימצא אלא למ"ד כממון דמי לא ימצא ל"ל איצטריך ס"ד אמינא הואיל וכי איתא הדרא בעינא לאו ברשותיה קאי קמ"ל עכ"ל הגמרא · ולפי דברי הקצות החושן הנ"ל דש"ח וש"ש יש להם קנין בגוף החפץ לפי שיטת היש מפרשי המבואר בנ"י · א"כ מאי אצטריך הקרא דלא ימצא הא בלאו קרא ידעינן ג"כ דעובר על בל יראה ובל ימצא כיון דהשומרים יש להם קניה בגוף החמץ ומה פריך בגמרא הניחא למ"ד וכו'. אלא למ"ד לאו כממון דמי מאי איכא למימר · הא גם לדידיה ג"כ ניחא כיון דלהשומר יש קניה בגוף החמץ והוה ליה כשלו משו"ה עובר על בל יראה ובל ימצא · וגדולה מזה איתא בסנהדרין (דף ע"ב ע"א) ולא היא· כי אוקמיניה רחמנא ברשותיה לענין אונסין לענין מיקנא ברשותייהו דמרייהו קיימא מידי דהוה אשואל וכו' עכ"ל הגמרא · הרי חזינן דאף דשואל חייב באונסין בכל זאת אמרינן שם דלענין מיקנא ברשותייהו דמרייהו קיימא דוק ותשכח · ותמצא בש"ס דלא קנו השומרים את החפץ המוטל עליהם לשמרם ועיין בדברינו בריש כפתור שני ואי"ה אכתוב גם לקמן בזה · אך כעת לא ראיתי להאריך בזה · ומה שמביא הקצות החושן ראיה מגנב וגזלן דקני להתחייב באונסין מכי משכו אע"ג דלא קני שום דבר אנכי בעניי איני מבין את הראיה הזאת דגנב וגזלן שאני דהמה יש להם קניה בגוף החפץ בעת שהוציאו מרשות הבעלים מהמת מצות השבה. כדכתיב והשיב את הגזלה אשר גזל כעין שגזל יחזיר ואם לאו לא יחזיר ומוכח זאת מהירושלמי הובא בתוס' ב"ק (דף י"א ע"א) ד"ה אין ע"ש :

ומה שמחויב באונסין הגזלן וכן גבי שומרים שמחוייבין באחריות החפץ שקבלו עליהם לשמור אותו כל שומר ושומר לפי דינו · נלפענ"ד מטעם אחר · כמו דמצינו גבי ערב שמשועבד הערב מן התורה לשלם להמלוה אם לא ישלם הלוה מפני שהוציא המלוה המעות ע"י ונתן להלוה לכן מחויב לשלם וכן מצינו גבי קידושין שמקודשת האשה מדין ערב עיין בקידושין (דף ז' ע"א) · וכן לענין ממונא · ופירש"י על זה דאם מכר לו שדה ואמר לו תן הכסף לפלוני ושדי מכורה לך בו קנה מדין ערב וכו' עכ"ל הגמרא ורש"י · וכן פסקו בא"ע בס' כ"ע סעיף ג') ובחו"מ (בסימן ק"ל סעיף ג' ד' ה' ו') ועיין שם בב"י · וגדולה מזה כתב הרמב"ן והביאו הרשב"א והר"ן על סוגיות הגמרא דבלע של שניהם דאיתא בקידושין (דף ח' ע"ב) דבזרוק מנה ליה ואתחייב ואתקדש אני לך מתחייב ומתקדשת מדין ערב שעל פיו הוציא זה דעת רמב"ן ז"ל עכ"ל הר"ן בשם הרמב"ן ז"ל הרי דאף במוציא ממון לאיבוד מתחייב מדין ערב כ"ש שהוציא ממונו על פיו שיהיה שמור בודאי מחוייבין השומרין באחריותן כל אחד ואחד לפי דינו מדין ערב:· ואף למאן דפליגי על הרמב"ן הובא ברשב"א ובר"ן שם היינו דוקא התם כיון שהוציא ממון לאיבוד לכן לא מחייב מדין ערב עיין שם ברשב"א ובר"ן ותמצא בהדיה כדברי משא"כ הכא · ולפ"ז מה התם שהוציא ממון על פיהם לרשות אחר חייב מדין ערב כ"ש דכ"ש שהוציא ממונו על פיו של שומר לתוך רשותו בודאי מחויב השומר מדין ערב והא דתקינו חכמים משיכה בשומרים לפי דעת הרמב"ן היינו משום דבעינן שיתחילו השומרים שמירתם ומאז נקרא שהוציא ממון על פיהם אבל בעוד שלא התחילו במלאכתן אין זה הוצאת ממון של הבעלים על פיהם כיון דלא התחילו לשמור עדיין הוא עומד בשמירת הבעלים · אך מתי יתחיל תחילת חיוב השמירה תקנו חכמים משיכה · וק"ו הוא · מה משיכה קונה במקח וממכר שיהיה שלו לגמרי מכ"ש שיהיה יכניס לרשותו של השומר שמחויב לשומרו · ומה שכתב הרמב"ן הטעם דהא דמשיכה קונה משום דהוה כהתחלת מלאכה הוא רק שיהיה ש"ש זוכה בשכרו בשעת משיכתו של הכלי שהיא התחלת מלאכה שלו דעל זה לא נוכל לומר דבע"ה מחויב לשלם שכרו מדין ערב כמובן · לכן הוצרך הרמב"ן לומר הטעם דמשיכה הוה כהתחלת מלאכה ומחויב הבע"ה לשלם שכרו של הש"ש כדין הפועל שזוכה בשכרו משעה שמתחיל במלאכה · דוק ותעיין בדברי הרמב"ן שהביא הנ"י שם ותראה בעיני השכל שזה כוונתו בהמתקת נאה דבריו ואנכי ערבבתי את דבריו הקדושים בתוך דברי ותראה בעליל שזה כונתו וגם עיין בחידושי הר"ן לב"מ (דף נ"ט) ד"ה כדרך ותראה בהדיא שכוונת הרמב"ן שכתב הטעם דמשיכה קונה משום דהוה כהתחלת מלאכה הוא רק שיהיה מחויב לשלם להבעלים את שכרו של ש"ש · אבל מה שמחויב באחריותן השומרים כל או"א לפי דינו על זה לא כתב הטעם דמשיכה הוה כהתחלת מלאכה אלא הטעם דהשומרים חייב באחריותן אלא מדין ערב :

פרח ד אות ד

אך עדיין נשאר לנו לברר דמה שכתבנו שהטעם של הרמב"ן הוא שמשועבדים השומרים לשמור מדין ערב כיון שהבעלים הוציאו ממון על פיהם לרשותם זה אינו צדק רק על מה שמחויבין השומרים לשמור · אבל במה שנשתעבדו נכסי השומרים להתחייב באחריותן כל שומר ושומר לפי דינו דהא בעת שהוציאו הבעלים הממון על פיהם לרשותם לא רמי חיוב אונסין עליהם לפי דעת הרמב"ן והובא בש"ך ס' שמ"א בפוסק כליגנא בתרא דב"ק שם (דף קי"ב) ובעת שאירע האונס מכבר הוציאו הבעלים את הממון מרשותם · וצ"ל לתת טעם לדבר מפני מה לא רמי חיוב אחריות מעת שנתחייבו לשמור דכיון דהחפץ שנתנו הבעלים לשמור הוא בעין · ואין שום התחייבות על השומרים דכל היכי דמנחה ברשותיה דמרייהו קיימא והוה כאילו מונח ברשות הבעלים ולקמן אברר בזה הפרט אי"ה ואתרץ קושיות הקצה"ח על יש"ש · לכן לא נשתעבדו נכסי השומרים על חיוב אחריותן רק שמחויבין לשומרן כיון שהוציא ממון על פיהם כמו שערב משתעבד וכיון שבעת שהוציאו הממון על פיהם לא נתחייבו השומרים באחריותן כלל במה נתחייבו אח"כ כשאירע אונס הא בשעתא ההיא לא הוציאו ממון על פיהם : וכי תימא דאדעתא דהכי הוציאו הבעלים הממון על פיהם שאם יארע אונס יהיה מחויבין באחריותן · זה לא נוכל לומר · דלפי זה יהיה נכסי השומרים משועבדים על חיוב אחריותן בעת שהתחילו לשמור כיון דאדעתא דהכי הוציאו הבעלים ממון על פיהם לרשותן אלא ודאי כיון דלא רמי שום חיוב אונסין על השומר עד שתאנס אין הבעלים מסקי אדעתייהו שיכול להיות שיהיה החפץ נאבד או יארע לה שאר אונסין כיון שמחויבין השומרים לשמור בודאי לא יארע שום היזק בהדבר שנתנו לשמור לכן אין חיוב רמי על השומרים עד שיארע ההיזק · ולפ"ז צריכין להבין במה נתחייב השומר כשאירע ההיזק אח"כ · וגם אין לומר דלכן חייב השומר באחריותן כיון דמחויבין לשמור וכיון שהגיע ההיזק בודאי הם לא שמרו כראוי לכן מחויבין לשלם. גם זה לא נוכל לומר · דלפ"ז יהיה מחויבין השומרים מעת שהתחייבו לשמור כראוי והם לא שמרו :

ונלענ"ד להביא ראיה דהא דמחויב השומר כשאירע ההיזק הוא חיוב אחרינא ולאו החיוב הוא הא דמחויבין לשלם משום שלא שמרו כראוי דהא למאן דאמר לסטים מזוין גנב הוא חייב הש"ש לשלם אם נגנבו ע"י לסטים מזוין · ועיין בב"ק (דף נ"ז ע"א) וכן איתא בכמה דוכתא וכתב שם התוספות ד"ה כגון וכו' ונראה לר"י דכיון שחייב הכתוב ש"ש בגניבה והתם גניבה קרובה לאונס כדאמרינן בהשואל סברא הוא דבכל ענין שתהיה הגניבה יתחייב מגזירת הכתוב אפילו באונס גמור וכו'

וכו' עכ"ל התוספות ועיין ברא"ש שם וכן מבואר בכמה פוסקים והובא דעתם בשו"ע חו"מ ס' ש"ג סעיף ב' שאפילו שמר כראוי ונתן הכספים תחת הקרקע בעומק מאה אמה שאי אפשר לגנבם משם אם לאו ע"י מחילות או גם בעדנא דניימו אינשי וגנבו אי קפץ עליו חולי ולא יכול לשומרה וכל כיוצא בזה חייב ואפילו הקיפו חומה של ברזל ואפילו אם היה שם לא היה יכול להציל חייב בגניבה ואבדה · אלא אם כן היה שם ולא היה יכול להציל עכ"ל השו"ע · לפ"ז מוכח דלא נוכל לומר דהחיוב התשלומין של השומר אם יארע היזק הוא מחמת שלא שמרו כראוי דהא הכא שמר כראוי ומה יכול יותר לעשות שמירה מעולה מזה · אלא בודאי חיוב התשלומין כשאירע היזק הוא מגד גזירת הכתוב כדכתב התוס' · וגם נ"ל להביא עוד ראיה למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור כדאיתא שם (בדף כ"ו ע"א) ובכמה דוכתא ואפילו היכא שיכול להיות שהאונס לא אירע אם לא פשע בתחילה ואפ"ה פטור עיין בתוס' ב"מ (דף מ"ב ע"א) ד"ה ה"ג וכן כתבו התוס' בכמה דוכתא · ואם נאמר דהא השומר חייב לשלם כשאירע אונס משום שלא שמר כראוי מפני מה פטור שסופו באונס הא לא שמר כראוי ואם היה שמור כראוי לא היה נארע האונס · אלא נראה דאין הטעם הא דחייב השומר לשלם כשאירע האונס משום שלא שמר כראוי אלא חיוב אחריות מגד גזירת הכתוב · ועוד נראה להביא ראיה דהא אמרינן דאונס רחמנא פטרי' ואם נאמר דהטעם דחיוב התשלומין של השומר משום שלא שמר כראוי ה"ל לפטור שואל מאונסין דהא הוא שמר כדשמרי אינשי שמירה מעולה ומה חייב הוא לשלם אם נאנסו דהא אונס רחמנא פטרי' אמרינן בכל מקום · וכן גבי ש"ש לפי הדעות שהבאתי לעיל שחייב ש"ש אף אם נגנבו באונס גדול אמאי חייב הא אונס רחמנא פטרי' אמרינן בכל דוכתא · אלא ודאי דחיוב התשלומין כשאירע האונס הוא חיוב אחריות דחייב רחמנא כל שומר ושומר לפי דינו מגד גזירה ובשואל גזירת הכתוב שחייב לשלם כשנאנסה ולא מגד שהוא פשע רק דהתורה חייבו לשלם אפילו באונסין והכא אין שייך לומר אונס רחמנא פטריה דכי אמרינן אונס רחמנא פטרי היינו דוקא דעיקר החיוב הוא מגד הסברא שראוי ויש טעם בדבר שחייב לשלם לכן אמרינן שאם יארע אונס רחמנא פטריה · משא"כ הכא שאמרינן שעיקר חיובן מה שחייבן לשלם כל שומר ושומר לפי דינו הוא רק מגד גזירת הכתוב ומה שייך בזה לומר דבאונס פטרי רחמנא · ודעתי אי"ה לדבר בזה הפרט בל"נ לקמן אך כעת אין מקומו להאריך בזה · ולפ"ז ודאי שהחיוב אחריותן אינה באה מחמת שהוציאו ממון על פיהן ולא מחמת שלא שמרו כראוי דמכיון שמחויבין לשמור את החפץ שיהיה ידם כיד הבעלים לשמור הוה כאילו מונח החפץ ברשות הבעלים ומה חיוב אחריות שייך בזה כיון דהחפץ הוה כאלו מונח ברשות הבעלים רק שמחויבין לשמור מדין ערב · א"כ לפ"ז צריכין להבין במה נתחייבו אח"כ השומרים כשאירע היזק · לכן נ"ל דכיון שנתחייבו השומרים בשמירתם מדין ערב מגו דחל חיוב זה על השומרים חל נמי החיוב כשאירע היזק באחריותן · אך יש לחלק דלא שייך בזה המיגו שודאי אין חיוב עדיפא מקנין וכי היכי דבקנין אם כלתה קנינו קודם שנקנה החפץ ללוקח כגון גבי משוך פרה וכו' בכתובות (דף פ"ב ובדף פ"ו) דכתב התוס' שם בדף פ"ב וגם בהאשה רבה (דף נ"ג) ובאר דוכתא דהבאתים לעיל באות א' בפרח זה דלא קנו הבהמה במשיכה לאחר שלשים כיון דכבר כלתה משיכתו לכן בעינן דיאמר מעכשיו וכו' ע"ש בדבריהם · לפ"ז לכאורה לא נוכל לומר כי היכי דחל החיוב על זה כך חל החיוב על זה דהא קנין החיוב שנשתעבדו השומרים לשמור היינו שהוציאו הבעלים את ממונם על פיהם כבר כלתה קודם שנתחייבו השומרים באחריותן · ואף דכתב הרמ"א בס' ר"ג שהבאתיו לעיל מגו דחל על זה חל נמי על זה הקנין היינו דוקא היכי שהקנה שני דברים כאחד שיהיה נקנה לו שניהם מעכשיו בבת אחת אבל היכי דהקנה לו איזה דבר מעכשיו בק"ס והשני שאינו מועיל בו ק"ס הקנה לו לאחר ל' יום ובשניהם היה הקנין בבת אחת לא אמרינן מגו דחל הקנין על זה חל נמי על זה ובזה ישבתי מה שהקשה הסמ"ע בס' ר"ג ס"ק כ"ע דבס' זה כתב הרמ"א השלשה דעות ובס' ר"ע ס"ד במקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם לא כתב אלא דעה אחת לחוד דקנה דבר שבא לעולם ולא קנה הדבר שלא בא לעולם ע"ש · ולפי מה שכתבתי יהיה מתורץ, זאת דמה שהביא הרמ"א בסימן ר"ג השלשה דעות משום דהתם היה הקנין של שניהם מעכשיו כן הדבר המועיל בזה הקנין · וכן הדבר שאינו מועיל בזה הקנין · לכן הביא הרמ"א שיש אומרים דקנה הכל מיגו דחל על דבר המועיל הקנין חל נמי הקנין על דבר שאינו מועיל · אבל בס' ר"ע ס"ד דמיירי במקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם דעל דבר שלא בא לעולם אינו יכול לחול הקנין מעכשיו רק לר"מ דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם · ולדידיה כתב התוס' בקידושין (דף ס"ג ע"א) דה"ל כגון דאם אמר מעכשיו חל הקנין תיכף אבל לרבנן לפי מאי דקי"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם לא חל הקנין על דבר שלא בא לעולם בשום אופן מעכשיו ועיין בתוס' ובחידושי הרשב"א שם ועי' בחו"מ ס' ק"ד ס"ו הא דבמקרקעי שייך קדימה דוקא כשהיה בידו קודם שלוה אבל אם קנאם אחר שלוה מבעל חוב אע"פ ששעבד לכל אחד מהם מה שעתיד לקנות אין בהם דין קדימה אלא כולם שוים וכל הקודם וגבה זכה אפילו הוא אחרון · וכתב ע"ז הסמ"ע בס"ק י"ט דוקא שהיה בידו קודם כו' דאז שעבודי דמלוה מיד על אותו שדה קודם שלוה מהשני משא"כ כשקנה בתר הכי דכשקנה חל השעבוד דתרווייהו בהדדי עליו · ועיין שם בש"ך ס"ק ט"ו שמביא שם הרבה פוסקים שדעתן כן הרי אף דחל השיעבוד על דבר שלא בא לעולם מ"מ אינה חל מעכשיו רק כשקנה אח"כ אז חל השיעבוד ואפילו היה לו קרקעות בעת ששיעבד לו מה שעתיד לקנות ג"כ הדין דיחלוקו הבעל חוב מקודם עם הבעל' חוב מאוחר בהנכסים שקנה אח"כ · ולא אמרינן כיון שחל השעבוד על נכסים שיש לו יהיה חל גם על הנכסים שעתיד לקנות ויהיה הבעל חוב המוקדם קודם לבעל חוב המאוחר · אלא אמרינן דשניהם שוים וזה מוכח ומבואר לכל יודעי דת ודין :

ובדרי לבאר זאת אציגה לך ראיה אחת ממה דאיתא בב"ב (דף קנ"ז ע"ב) ת"ש לשבח קרקעות כיצד הרי שמכר שדה לחבירו והשביחה ובא בעל חוב וטרפה כשהוא גובה גובה את הקרן מנכסים משועבדים ואת השבח מנכסים בני חורין ואי ס"ד דאיקני קנה ומכר דאיקני קנה והורים לא משתעבד בעל חוב אמאי גובה שבח הא מני ר"מ היא דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עכ"ל הגמרא · ואם נאמר דלדעה השניה ברמ"א בס' ר"ג הנ"ל כדאמרינן מיגו דחל הקנין על דבר המועיל חל נמי הקנין על דבר שאינו מועיל ס"ל דאף אם הקנה דבר המועיל מעכשיו והדבר שאינו מועיל הקנה לו לאחר שלשים יום ג"כ אמרינן מגו דחל על זה חל נמי על זה אמאי הוצרך הגמרא לבנות הא מני ר"מ היא וכו' הא אף איתא כרבנן גם כן נוכל לומר דאקני לא משתעבד ומה שגובה הבעל חוב את השבח משום כי היכי דחל השיעבוד על הקרקע שהיה להלוה בעת שהלוה לכן חל ג"כ השיעבוד על השבח אף שלא היה בעולם בעת שהלוה · אלא ודאי אי אמרינן דאקני לא משתעבד לא מהני דלא אמרינן מגו דחל על הקרקע שהיה לו חל נמי השיעבוד גם על השבח כיון דאין זמן חלות השיעבוד שניהם בשוה דעל הקרקע חל השיעבוד מעכשיו ועל השבח אינו חל השיעבוד רק כשיבא לעולם השבח ולכן מוכח מהברייתא דאקני משתעבד משום זה הוצרך הגמרא לבנות הא מני ר"מ היא וכו' · הרי מוכח מכאן היכי דאיקני דבר המועיל עם דבר שאינו מועיל ואין זמן של שניהם שוה לא קנה הדבר שאינו מועיל לכו"ע דלא אמרינן מגו · ולפ"ז נוכל לומר דמקנה דבר שנקנה בק"ס ובזה הקנין הקנה נמי קנין דברים כגון לגרש את אשתו או שידור בביתו דהוה דבר שאין בו ממש דהוה

קנין

קנין דברים לפי הדעה דאמרינן מגו דחל הקנין על דבר המועיל חל נמי על דבר שאינו מועיל אמרינן נמי מגו כי היכי דחל הקנין על דבר שיש בו ממש חל נמי הקנין אף על דבר שאין בו ממש · דלפי תירוץ השני של הסמ"ע בס' ר"ג הנ"ל דכתב שם דמשו"ה לא הביא הרמ"א רק הדעה דקנה הדבר שבא לעולם דגם הדעה שפסק בהקנה מעות ומטלטלים בק"ס דקנה גם המעות היינו דוקא במעות דהן בעולם ושייך בהו קנין דהגבהה ומשיכה משו"ה נמי אמרינן דחל נמי עליו הקנין דק"ס במגו דחל על המטלטלים משא"כ בדבר שלא בא לעולם דלא שייך בו שום קנין · דלפי תירוץ זה גם הדעה זו מודה היכי דהקנה דבר שיש בו ממש עם דבר שאין בו ממש לא אמרינן מגו ולא קני הדבר שאין בו ממש, כיון שבדבר שאין בו ממש לא יש בה שום קנין אבל לפי דברי אין אנו צריכין להחילוק של הסמ"ע ודברי הרמ"א מיושבין כמ"ש · ונ"ל דגם הסמ"ע התירוץ הראשון שלו היה עיקר בעיניו דלכאורה קשה על הסמ"ע איך כתב בתירוץ השני דעל דבר שלא בא לעולם לא יש בה שום קניה הא יכול להתחייב שיתן לו דבר שלא בא לעולם כגון שמחייב את גופו בק"ס שיתן לו כור חיטים כשיגדל ויבוא לעולם כמבואר בחו"מ ס' ס' ס"ו ועיין בקצות החושן בס"ק ז' והם תנאה מבואר בהדיא שאדם יכול להקנות חפץ שלא בא לעולם כשמתחייב את גופו לכך וגם התומים שם כתב בהדיה · ולפ"ז קשה האיך כתב הסמ"ע בדבר שלא בא לעולם אין בה שום קנין · וכדי ליישב זאת אמרתי דכוונת הסמ"ע הוא כך · דבעינן שיהיה שייך בה שום קנין בזה החפץ לבדה אבל אם אין שייך בה שום קנין רק כשיצרף עמה דבר אחר כגון דבר שלא בא לעולם אינה נקנה רק כשמתחייב גופו לכך ומשתעבד נכסיו שיתן לו כשיבא לעולם זה לא מקרי בר קניה · דעליו בלבד בלא צירוף דבר אחר לא יש בה שום קניה לכן כתב הסמ"ע דהדבר שלא בא לעולם לא יש בה שום קניה · ולפ"ז גם בדבר שאין בו ממש מקרי ג"כ שלא יש בה שום קניה כגון שהקנה לו דירת ביתו אינה חל הקנין על הדירה רק אם יצרף לזה עוד דבר היינו שהקנה את ביתו לדור בו ואז חל הקנין · לכן דבר שאין בו ממש מקרי ג"כ לפי דברי הסמ"ע דבר שאין בו קנין · ולפ"ז צריכין להבין מה שכתב הסמ"ע אח"כ בס' ר"ג על הא דכתב רמ"א שם והו"ה אם קנה באיזה · דבר המועיל בה קנין עם דבר שאין בה ממש וכתב על זה הסמ"ע בס"ק כ' פירש גם בזה פליגי כל הני · פירש לדבריו כמו דפליגי אם הקנה מעות ומטלטלים דיש אומרים דקנה הכל דאמרינן מגו ויש אומרים דקנה רק המטלטלים פליגי גם בהקנה בדבר שאין בו ממש עם דבר שיש בו ממש · הא להתרוץ השני של הסמ"ע גם הדעה שפסק אם הקנה מעות ומטלטלים בק"ס דקנה המעות היינו דוקא התם אמרינן מגו כיון דהמעות בר קניה אבל דבר שאין בו ממש מקרי אין בר קניה לפי תירוץ השני של הסמ"ע דאם נצטרף עם הדבר שאין בו ממש כגון דירת ביתו הגוף הבית לדירה אז שייך בהם קנין · אבל הדירה לבדה לא שייך בה שום קנין ומקרי דבר שאין בה קניה :

לפיכך נ"ל דהסמ"ע עיקר בעיניו תירוץ הראשון שכתב שם דפליגי כל הני אף אם מקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם לכן כתב דפליגי ג"כ אם הקנה דבר שיש בו ממש עם דבר שאין בו ממש · ונ"ל הטעם ששבק הסמ"ע בס"ק כ' התירוץ השני שלו משום דלפי תירוץ הזה אינה מתיישב לשון הרמ"א שכתב מתחילה הג' דעות ואח"כ כתב והו"ה אם קנה באיזה דבר המועיל בו קנין עם דבר שאין בו ממש דלפי תירוץ השני יהיה מוכרחין לומר דהו"ה קאי רק על הדעה שכתב שם באחרונה קודם והו"ה דקיים אגב הקרקע והמטלטלים ובטל אגב המעות ועל זה כתב והו"ה שגם הקנה דבר שאין בו ממש ג"כ סובר דלא קנו אבל הדעה שכתב מקודם לזה דקנה הכל במגו על זה לא קאי והו"ה · דעל דבר שאין בו ממש אם הקנה עם דבר שיש בו ממש לא קנה הדבר שאין בו ממש · וזה לא מקרי קניה · ומשמעות הלשון של הרמ"א שכתב והו"ה משמע דקאי על כל הדעות שכתב מתחלה כמו שפליגי אם הקנה מעות ומטלטלים ג"כ פליגי אם הקנה דבר שיש בו ממש עם דבר שאין בו ממש · לכן שבק הסמ"ע בס"ק כ' התירץ השני ופירש דברי הרמ"א לפי תירץ הראשון שלו בס"ק י"ט וכתב פירש דגם בזה פליגי כל הני עכ"ל הסמ"ע ואינו מובן דברי בעל נתיבות המשפט שם שמביא במש"כ התירץ השני של הסמ"ע לדינא · דגם הסמ"ע גופה שבק התירץ השני שלו בס"ק כ' :

פרח ד אות ה

ובין שאנו עוסקים בדברי הסמ"ע אפרש דבריו מה שצריכין להבין · דלכאורה קשה עליו לפי מה שכתב בתירץ השני דגם הדעה שפסק בהקנה מעות ומטלטלים בק"ס הקנה גם את המעות היינו דוקא במעות דהן בעולם ושייך בהו קנין דהגבהה ומשיכה משו"ה אמרינן דחל נמי עליו הקנין דק"ס במיגו דחל על המטלטלין משא"כ בדבר שלא בא לעולם דלא שייך בהו שום קנין · דלפי דבריו האיך כתב הרמ"א בדרכי משה שם באות ג' שבפסקי מהרי"א ס' קע"ג כתב באחד שקבל קנין לגרש אשתו והעמיד עלי' קנס וכתב דהואיל והקנין לא מהני לגרש דהוי קנין דברים א"כ יש לספק בקנס אי חייב אי לא הוי כקני את וחמור עכ"ל · ונ"ל דלפי דברי המרדכי דלעיל חייב לתת קנס עכ"ל הדרכי משה · ופירש הסמ"ע את דבריו במה שכתב הד"מ דהמרדכי פליגי כוונתו לדעת רבנו שמחה שסובר דקני מטלטלין ולא קנה המעות וכתב זאת בתירץ השני שלו · ולכאורה צריכין להבין כיון דהוא מחלק בהתירץ השני בין דבר שהוא בר קני' בין דבר שאינו בר קני' לפ"ז נוכל לומר דרבינו שמחה לא פליגי על פסקי מהרי"א דהדין דפסקי מהרי"א דהדבר השני אינו בר קני' כלל לכן כיון דלאו בר קני' הוא לא חל הקנין גם על דבר המועיל בה דהוי כקני את וחמור כמו דחמור לאו בר קני' הוא לכן לא קנה הכל ה"נ הדבר השני לאו בר קני' כלל לכן לא קני הכל · משא"כ הדין המבואר ברבינו שמחה הדבר השני הוא בר קני' לכן לא דמי לקני את וחמור לפיכך קנה הדבר המועיל · ונלענ"ד לתרץ דברי הסמ"ע דמוכיח הדרכי משה מרבינו שמחה דפליגי על פסקי מהרי"א כיון דרבינו שמחה המבואר במרדכי כתב ונ"ל דדמי לקני את וחמור דחמור לאו בר קנין הוא אבל מטבע נקנית במשיכה ובהגבהה ובתורת אגב עכ"ל המרדכי בשם רבינו שמחה · וכיון דמחלק רבינו שמחה בין זה לקני את וחמור ג"כ מחלק בין אם קבל לגרש את אשתו וקיבל גם קנס על זה דג"כ לא דמי לקני את וחמור דהא ברשב"ם ב"ב קמ"ג מבואר שם הטעם המ"ד דקני את וחמור לא אמר כלום משום דקנין אחד שיתף את שניהם לא נגמרה בדעתו להקנות זה בלא זה כלום וכיון דחמור לא קני איהו נמי לא קני וזהו דוקא הא דאמרינן שתלה זה בזה להמ"ד דלא קני כלום היינו בחמור שאינו בר קני' כלל לשום דבר אבל היכא שהקנה את שני הדברים היינו המועיל בו הקנין ושאינו מועיל בו הקנין דהדבר שהוא בר קני' אינו תלוי זה בזה יקנה הדבר המועיל בקנין · דאי לא תימא הכי שגם בזה נאמר שתלוי זה בזה לפ"ז גם במקנה מעות ומטלטלין ג"כ נימא שתלוי זה בזה ולא הקנה אף המטלטלים דמה לנו שהמעות הוא דבר שיש בו קני' בקנינים אחרים מ"מ בקנין זה שהקנה אינו מועיל במעות והוא תלוין זה בזה לכן לא קנה אף המטלטלים ולמה כתב הרבינו שמחה דקנה המטלטלים · אלא ודאי דלא שייך למימר דתלאן זה בזה רק היכי שאמר לו קני את וחמור דחמור לאו בר קני' הוא כלל בזה אמרינן דתלאן זה בזה דהוה כמי שאומר כמו שהחמור לא יכול לקנות שום דבר כך אתה לא תקנה אבל היכי שהקנה לאדם שהוא בר קנין שני דברים המועיל ושאינו מועיל בזה לא שייך לומר דתלוי זה בזה. ומה שכתב הרבינו שמחה דלא דמי לקני את וחמור דמעות בר קני' בקנינים אחרים לאו דוקא נקיט אלא עיקר הסברא משום דגברא בר קני' הוא אך עדיפא מני'

קאמר

קאמר · לכן כתב הד"מ דרבינו משה פליג על פסקי מהרי"א אף לתירץ השני של הסמ"ע :

הדרא לענינו דמקנה שני דברים א' דבר שמועיל בה קנין והשני אינו מועיל בה קנין דאף להדעה שסובר דקונה הכל · היינו דוקא היכי שהשני דברים הקנה לו מעכשיו אבל היכי דהדבר המועיל הקנה מעכשיו והדבר שאינו מועיל הקנה לאחר שלשים יום בזה מודה דלא קנה הדבר שאינו מועיל אף לדעה דאמרינן מיגו דכיון דלא חל הקנין בשני הדברים בזמן אחת · ונראה לפי ענ"ד להביא ראיה מקידושין (דף ס"ב ע"ב) דאמרינן בגמרא שם דהפשוט דבעי רב אושעיא הנותן שתי פרוטות לאשה באחת אמר לה התקדשי לי היום ובאחת אמר לה התקדשי לאחר שאגרשך תפשוט מינה דלא הוה קדושין פירש דנפשוט מאידך מימרא דרב אושעיא הנותן פרוטה לאשתו הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשך אינה מקודשת ואמרינן בגמרא שם דהיינו טעמא כיון דאין בידו לקדשה מגרשה לכן לא הוה קידושין תפשוט דבעי ר' אושעיא נמי דלא הוה קידושין דהשתא אין לכשיגרשנה · ואמרינן שם דלא נוכל לפשוט דילמא כי היכי דתפסי קידושין השתא תפסי נמי לאח"כ ופירש"י שם על זה כלומר להכי מספקא לי' לרבי אושעיא בהא משום דאיכא למימר דילמא סבירא לן מיגו דאי בעי לקדושי השתא מקדשי תפסי בה קדושין לאחר זמן מהשתא אבל המקדש את אשתו לא חזיא השתא לתפוס בקדושין שהרי מקודשת ועומדת וכן פירש הר"ן בחידושיו לרב אלפס · ולכאורה פירש"י צריכין הבנה דמאי מיגו הוא דאין הפעולה שעשה אם מקדשה השתא שוה להפעולה במאי שמקדשה לאחר שאגרשך דהקדושין הזה פועלין יותר דהא אם מקדשה השתא לא חלו הקדושין לאחר הגירושין וכשמקדשה לאחר שאגרשיך חלין הקדושין לאחר הגירושין וכיון דאין הפעולות שהקדושין שמקדשה מעכשיו שוה להקדושין שמקדשה לאחר שאגרשך מאי מיגו הוא שייך לומר בזה · שנית דהא אין אפשר לקדשה עכשיו כיון דכבר מקודשת ועומדת לו הא מקודם קידשה מעכשיו ועל מה יחול הקדושין השני מאי מיגו הוא · ואמאי לא פירש רש"י והר"ן כפשוטו כי היכי דחל הקידושין דהשתא דהא גם קידש מעכשי' ומיגו דחל קדושי דהשתא חל נמי הקדושי השני' שמקדשה לאחר שמגרשה · ואפילו לדעות הסוברים שאם קנה מעות או מטלטלים בק"ש דלא אמרינן מיגו · היינו דוקא התם דהמעות אינה קונה בקנין זו אבל הכא כיון דנתפסת האשה בקדושין השתא כו"ע מודים דחלין הקדושין שמקדשה לאחר שמגרשה עיין במרדכי וברמ"א הנ"ל דמוכח מדבריהם כדכתבתי : לכן נראה דהזקיקו לרש"י לפרש כך · משום דהקדושין שמקדשה לאחר שמגרשה אינה חלין קודם הגירושין · דדמי לאומר הרי את מקודשת לאחר ל' יום דאם בא אחר וקידשה בתוך שלשים יום מקודשת לשני וה"נ דכוותי' · וגם אין סברא שיחולו הקדושי שני כיון דקדשה מקודם מעכשיו ואיך אפשר לחול קדושי השני כיון דקדושה ועומדת (עיין בב"י ס' מ' ובחו"מ על הע"ז בשם תשובת הרשב"א שכתב ג"כ כמו שכתבתי) · ואני אוסיף עוד ואומר שהקדושי שני שמקדשה לאחר שמגרשה הם תלויין ועומדין כדרך שאמרו ביבמות (דף ל"ב ע"א) אמר רב אשי איסור אחות אשה מיתלא תלי וקאי אי פקע איסור אשת אח אתי איסור אחות אשה וחייל וכה"ג איתא בנדרים (דף י"ח ע"א) אמר רבא אם נשאל על הראשונה פירש דאמר שבועה שלא אוכל שבועה שלא אוכל שני' חלה עליו כו' רווחא הוא דלית לי' כי מיתשיל על חבירתה חיילה כה"ג איתא שם (דף ס"ט ע"א) גבי קים לכי ה"נ דכוותא דהקדושין שמקדשה לאחר שמגרשה תלוין ועומדים ולא חלו השתא כיון דקידשה ועומדת אך כי משכח רווחא דהיינו לאחר הגירושין חיילא · נמצא לפ"ז דהקדושין שמקדשה לאחר שמגרשה לא חלו מעכשיו רק לאחר הגירושין לכן לא פירש רש"י והר"ן כפשוטו כי היכי דחל הקדושין דהשתא שקידשה מעכשיו ג"כ חייל נמי הקדושין שמקדשה לאחר שמגרשה דאמרינן מיגו · דבהא כו"ע מודים דלא אמרינן מיגו דחל על זה חל על זה כיון שאין חל שני הקדושין בבת אחת ובעת אחת דהא הקדושי דהשתא חלין מעכשיו והקדושי השני' חל לאחר שמגרשה לפיכך לא הביא הרמ"א הדעה שקונה דאמרינן מיגו דקונה דבר שבא לעולם קונה נמי אף דבר שלא בא לעולם כיון שגם רש"י והר"ן לא סוברים הכי · וגם נראה לי להביא ראיה משא דמוכח בב"ב (דף קנ"ז) · דאקני משתעבד מבעל חוב גובה את השבח והבאתי לעיל הא נוכל לומר דלעולם דאקני לא משתעבד והא דבעל חוב גובה את השבח מיירי שמשועבד לו הקרקע שהוא ברשותו וגם השבח שהשביח את הקרקע אח"כ · וכיון דחל השיעבוד על הקרקע חל ג"כ על השבח לפי הדעה הקונה המעות מיגו דקנה מטלטלים מכ"ש דאמרינן מיגו דחל השיעבוד על הקרקע שיש לו חל גם כן השיעבוד על השבח אף שלא בא לעולם דהא שיעבוד עדיף יותר מקנין דיכול לשעבד אף מאי דלא יכול להקנות · וכן כתב הש"ך בחו"מ ס' ר"ט ס"ק א' וז"ל אלמא דעדיף שיעבוד מקנין: ע"כ וכן כתב הט"ז שם בס"ק קי"ב בד"ה כל זמן שלא קנה בסעיף א' · אף שהרא"י שהובא בס' קי"ג ס"ב דמוכח משם ג"כ דשיעבוד עדיף מקנין וכוונתו דלקמן ס' ר"ב מבואר בטור והמחבר שם ס"א דבמקנה עבדים אגב קרקע לא קנה עבדים אלא א"כ עומד בתוכה ובשיעבוד מבואר בס' קי"ג הנ"ל דאין צריך להיות צבורין בתוכה · ומזה הוכיח דשיעבוד עדיף יותר מקנין · והכריע מזה דקיי"ל כיש חולקין המבואר ברמ"א בס' קי"ב דאינו יכול לחזור משיעבוד דאקני ולפענ"ד אינו מובן ראיתו דהדין הזה נובע מתשובת הרא"ש ומצאתי זאת התשובה בכלל ע"ט ס' י"ב ושם מבואר הטעם דלא בעינן שיהיה עבדים עומדים בתוכה דהא דמטלטלים משתעבדי אגב מקרקע אינו מטעם קני' אלא משום כיון דשעבדינהו אגב קרקע אית להו קלא כמו למקרקע וכל טריפת בעל חוב בקלא תליא מילתא דהוה להם ללקוחות לזהר וכ"ש עבדים דשעבדם אגב קרקע דאית להו קלא טפי כדרבא כו' עכ"ל · משמע מדברי הרא"ש דהשיעבוד דעל עבדים חל אף אם לא שיעבד מטלטלים אגב מקרקע רק מלקוחות שיכול לטרוף משום דלית לי' קלא וכיון שיעבוד מטלטלים אגב מקרקע יש לה קלא : [ואם נאמר דהרא"ש לא פליג על הרמב"ם דפסיק בפ' י"ח מהל' מלוה שהמלוה את חבירו סתם הרי כל נכסי' אחראין וערבאין לחוב זה לפיכך כשיבא לגבות כו' אע"פ שהן עתה מכורין לאחר או נתנו במתנה הואיל ומכר הלוה או נתן אחר שנשתעבדו בחוב זה הרי הוא מוציא מיד הלקוחות או מיד בעלי המתנות וזהו הנקרא טורף · בד"א בקרקעות שהיה לו בעת שהלוה אבל נכסי' שבאין לו לאחר שלוה לא נשתעבדו לבע"ח ואם הותנו עלי' שכל נכסי' שיקנה יהיה משועבדים כו' הרי בע"ח טורף וע"ש · ומשמע מלשון זה דלא נשתעבדו כלל אותן הנכסים שבאו אחר הלואה · דהא הרמב"ם סובר שיעבודי דאורייתא ועיין בפי"א ממלוה ומשמע דגם מן התורה לא נשתעבדו אותן הנכסים שבאו אחר הלואה דלא אמרינן נכסי' דבר אינש אינן ערבין אלא אותן שהיה בעת הלואה ואפילו למ"ד ש"ד לא טרף מדאקני כן הוכיח הקצות החושן בס' קי"ב ס"ק א' · ע"כ מיירי תשובת הרא"ש שם שעבדים שיעבד אגב קרקע היה לו להלוה בעת שהלוה דאל"כ לא נשתעבדו להמלוה כלל ולא יש שום שיעבוד עליהם ומה שגובה מן הלוה הוא מחמת שמחויב לשלם · אבל על הנכסים לא חל שום שיעבוד וכשהמלוה גובה מן הלקוחות בעינן שיהי' שיעבד חל על הנכסים כדאכתוב לקמן אי"ה באות ו' בפרח זה · ולפ"ז כששיעבד עבדים אגב מקרקע אף עבדים שעתיד לקנות בעינן שיהיה עומדין בתוכה דבעינן שיחול השיעבוד עליהן · רק דברי הטור והמחבר לפ"ז צ"ע שהמה כתבו מקודם שאם שיעבד מטלטלים אגב מקרקעי טורף מהמטלטלין אף מה שהקנה אח"כ ותיכף אח"ז כתבו כששיעבד מטלטלים אגב קרקע אין צריכין להיות צבורין בתוכה אף במטלטלים דניידי כגון עבדים דמשמע דטורף עבדים שקנה אח"כ · לפי דבריהם יהיה פליגי הרא"ש עם הרמב"ם והאיך לא הביאו · דעת הרמב"ם שמוכח מדבריו שפליג בזה : ולפי דברינו דלקמן בזה הפרח באות ח' יבואר שאין מהרמב"ם שום הוכחה

דהנכסים

דהנכסים דאקני לא משתעבדי לפ"ז יהיה דברי השו"ע מיושבים בלא פליגי הרא"ש והרמב"ם וזה יהיה ראי' לדברינו לקמן דלדברי קצות החושן יהיה קשה דברי השו"ע והקצות החושן אזיל לשיטתו שכתב בס' ק"ז ס"ק ז' שפירש דתשובות הרא"ש י"ל דמה שגובה מהלקוחות מהמטלטלין אם שיעבדום אגב מקרקעי אינה מדאורייתא אך לפי דברינו לקמן יבואר דתשובות הרא"ש ס"ל דמן התורה טורף מן הלקוחות ודו"ק] יהיה האיך שיהיה עכ"פ אינו מובן ראיית הט"ז דאינה מוכח מכאן דשיעבוד עדיף יותר מקנין דהא דמהני התם אינה מטעם קנין הוא אלא מטעם שיש לו קלא כמו שמבואר בתשובת הרא"ש הטעם אך מדברי השואל בתשובת הרא"ש שם יש ראי' עיין שם וכן כתב ביאורי הגר"א בס' קי"ב בס"ק ו' שעדיף שיעבוד אפילו לרבנן מקנין לר"מ עכ"ל:

פרח ד אות ו

ראיתי לבעל קצות החושן (בס' קי"ב ס"ק ה') שכתב שהשיעבוד גרע מקנין אך כל דבריו שכתב שם אינם מובנים לי ואלקטם דבריו הקדושים אחת לאחת ואכתוב מה שאנכי איני מבין את דבריו וז"ל שם · וצריך ביאור מאיזה טעם שעבוד עדיף מקנין דכיון דקי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם למה יוכל לשעבד דבר שלא בא לעולם ואדרבה מצינו שהשיעבוד קל מקנין דלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא לא מהני אפילו שיעבדן בפירוש וכמ"ש תו' סוף ב"ב אע"פ שיכול למוכרן ומשום דאין הקנאה לחצאין והרי שיעבוד גרע מקנין ע"כ · הלא מבואר בריטב"א דשיעבוד עדיף מקנין דזה לשון הריטב"א בקידושין (דף י"ג ע"ב) ד"ה אלא וכו' קסבר שיעבודא דאורייתא דאף על גב דאין הקנאה לחצאין ואין הקנאה בדבר שאינו ברשותו היינו הקנאה גמורה אבל שיעבודא דמתלא תלי וקאי אל הנכסי דהשתא והנכסי דאקני כל היכא דאיתנייהו ברשותי' מיהת וכו' עכ"ל הריטב"א · גם מה שכתב בסוף דבריו דלא מהני אף בשיעבדן בפירוש נמצא מוכח דהשיעבוד גרע מקנין דהא יכול למוכרן · הרי בפירוש כתב הריטב"א לעיל מזה דאפילו למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא לא גרע מקנין דהוא מטעם דשיעבוד קנין לחצאין הוא וכמו שאין הקנאה לחצאין כך אינה יכול לשעבד עיין שם ותראה שזה מבואר בדבריו שם בהדי' · ומה שכתב עוד הקצה"ח שם וז"ל לכאורה נראה כיון דקנין בעי דעת נותן ומקבל וכיון דהוא דבר שלא בא לעולם לא מצי להקנותו אבל שעבוד דממילא חייל למ"ד שעבודא דאורייתא אפילו לא שיעבדן בפירוש ולכן חל נמי שיעבוד בדבר שלא בא לעולם אבל כיון דסוגיא דש"ס פ' מי שמת הוא אליבא דשמואל ואיהו סבר שיעבודא לאו דאורייתא עכ"ל · גם זה אינו מובן לי ובתחילה אכתוב שכן כתב התוספות שם בפ' מי שמת ד"ה דאקני וכו' ויש לומר דמודה ר"מ בהא שהשעבוד חל ממילא וא"ה לקמן אבאר דברי התוספות · אך מקודם אכתוב שכן מוכח מהגמרא ב"ק (דף ל"ג ע"א) בעי מיניה רבא מרב נחמן מכרו מזיק לר"י מהו כיון דאמר ר"י בע"ח הוא ווזי הוא דמסיק לי' פירוש דס"ל לר"י הא דכתוב בתורה גבי שור תם ומכרו את השור החי וחצו את כספו גב"ד קמזהיר רחמנא ע"כ מכור או דילמא כיון דמשועבד לי' לניזק לאו כל כמיניה א"ל אינו מכור והתניא מכרו מכור הוזר וגוביהו וכי מאחר שחוזר וגוביהו למה מכור לרדיא כו' עכ"ל הגמרא הרי מוכח מזה דלענין שיעבוד אמרינן יש קנין לחצאין אף מן התורה דהא השור תם שנגח הוה כמו אפותקי מדאורייתא כמבואר בגמרא שם בע"ב שאני התם דכמאן דעשאו אפותקי דמי לפ"ז מאי טעמא דמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא אלא ודאי דבשור שנגח המזיק לא עשה שום פעולה שיהיה השור שהזיק משועבד רק כיון שהזיק שור של חבירו ממילא נשתעבד השור שלו לחבירו שהשור בעצמו עשה את השיעבוד עליו לכן יש קנין לחצאין אבל היכי דבעינן דעת המשעבד כגון גבי לוה ומלוה וכדומה אין בכדי יכולתו להשתעבד נכסי' אפילו שיעבדן בפירוש כמו שכתב התוספות והביאו הקצות החושן ושאר אחרונים דלא מצינו קנין לחצאין· וכיון שבאתי ראיה לזה מהגמרא דבשיעבוד ממילא נשתעבד נכסיו אפילו למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא וגם כתבתי לעיל שמבואר זה הסברא בתוס' פ' מ"ש דשיעבוד ממילא חייל ואבאר שגם דעת התוס' והרא"ש והמרדכי שכתב בשם רבינו אלי' והסכימו לדבריו מוכח ג"כ שהמה סוברים דשיעבוד ממילא חל יותר ועדיף מהיכי ששיעבד נכסי' בפירוש שכתבו בכתובות בריש פרק אע"פ תימא דעכשיו נהגו שכותב חתן לכלה מאה ליטרין אע"פ שאין לו שוה פרוטה כו' אבל אותו שאין לו האיך ישתעבדו נכסיו שקונים אחרי כן כיון שלא נתחייב לה היינו דבר שלא בא לעולם · ושאל ר"י לרבינו אליהו והשיב לו דמצינו כענין זה בפרק השוכר את הפועלים (דף צ"ד ושם) דתניא מתנה ש"ח להיות כשואל ופריך במאי בדברים ומשני בשקני מידו משמע בכל ענין אע"פ שאין מקנה לו שום נכסים אלא שמשעבד גופו לזה החוב מעתה וכשיהיה לו נכסים חל שיעבודו מעתה כו' עכ"ל התוספות שהעתקתי דבריו בקיצור כמ"ש בתוספות · והרא"ש שם כתב בסיגנון אחר אך גם הוא הביא ראיה מפ' השוכר את הפועלים מתנה ש"ח להיות כשואל כו' וגם במרדכי שם מבואר · ג"כ הראי' הנ"ל · ולכאורה קשה על דבריהם מאי הוצרכו להביא ראי' ממתנה ש"ח להיות כשואל וכו' הי' להם להביא ראי' מן התורה דנתחייבו השומרים לשלם כשאירע הנזק כל אחד ואחד כפי דינו אע"פ שאין להם נכסים בשעה שהתחילו לשמור ואפי"ה נשתעבדו נכסיהן שיקנו אח"כ בממון שהרויחו לאחר שהתחילו לשמור כמו שהביאו התוס' ממתנה ש"ח כו' דמשמע בכל ענין אע"פ שאין לו שום נכסים דמאי אולמא הראי' שהביאו התוס' ממתנה ש"ח וכו' מהראי' שיכולים להביאו מהשומרים שכתובים ומבוארים דיניהם ואין הפרש לכאורה ביניהם כלל · לכן נראה דזאת סברא פשוטה ומורווחת דבשיעבוד ממילא חל על נכסי' שיקנה אח"כ דיש קנין לחצאין ממילא כדהבאתי ראי' מב"ק הנ"ל וגם כעת אביא עוד ראי' במאי שאיתא בכמה דוכתא בש"ס דאמר ר"י מניין לבע"ח שקונה משכון כו' · לכאורה קשה דלפי מה שכתב הריטב"א והאחרונים דטעמו דמ"ד דשיעבודא לאו דאורייתא משום דלא מצינו קנין לחצאין וגם אף למ"ד שיעבודא דאורייתא סובר ע"כ זאת הסברא דאין קנין לחצאין רק דשיעבוד עדיפא טפי דאין הקנאה גמורה דמתלי תלי וקאי · הא גבי בע"ח בקונה משכון קנין לחצאין הוא שאם הלוה ישלם לו החוב לא נשאר להבע"ח שום קני' במשכון ומ"מ קונה הבע"ח המשכון קודם שישלם לו מן התורה הרי מצינו קנין לחצאין מדאורייתא אלא ודאי דיש חילוק בין קנין דחל ממילא דהא דבע"ח קונה משכון הוא רק שלא בשעת הלואתו (עיין בב"מ בדף פ"ב ע"א) וכן איתא בכמה דוכתא שב"ד ממשכנין לו המשכון בע"כ של הלוה והוא רק מצד גזירת הכתוב קונה המשכון דלא מצינו זכי' בע"כ (עיין בקצה"ח ס' רים ס"ק ה' ובדברי בעל הפלאה בכתובות (דף פ"ו) על תוס' ד"ה האומר לחבירו) ואף דהדיתי נרגא לעיל בדבריהם מקדושין (דף ה') מה להנך שכן ישנן בע"כ עכ"ל הגמרא גם שם הקנין הוא רק מצד גזירת הכתוב וכיון דבע"ח קונה משכון רק מצד גזירת הכתוב וחל ממילא הקנין אמרינן דיש קנין לחצאין אף מדאורייתא כמו דמצינו גבי משכון שקונה בע"ח המשכון מן התורה אבל גבי מלוה ולוה לא חל השיעבוד על הנכסים כלל מן התורה רק החיוב על גוף של הלוה שמחויב לשלם המעות שלוה אבל על הנכסים לא חל שום שיעבוד עלי' · וגדולה מזה סובר רב פפא דפריעת בע"ח מצוה עיין בכתובות (דף פ"ו ע"א) דאמר לי' רב כהנא לרב פפא לדידך וכו' לא ניחא דאיעביד מצוה מאי וכו' וכיון שלא חל שום שיעבוד על הנכסים הנם כשיש הנכסים ביד הלוה מחויב ליתן הנכסים להמלוה אם אין לו מעות הוא רק מצד חיוב דמחויב לשלם אפילו מן גלימא דעל כתפאי אבל כשמכר הנכסי' אינו יכול לטרוף מן הלקוחות מדאורייתא כמ"ש הקצה"ח בס כיון בהם לא נתחייבו וגם הנכסים ג"כ אינם משועבדים אינו

יכול לטרוף מן הלקוחות לכן סובר דשיעבודא לאו דאורייתא אף אם שיעבדו בפירוש דלא מצינו קנין לחלאין היכי דבעינן דעת המקנה רק דחכמים תקנו כדי שלא תנעול דלת בפני הלוין דיהיה חל השיעבוד על הנכסים לכן יכול לטרוף אף מן הלקוחות כיון שיש להמלוה קנין היינו שיעבוד קודם שלקחו הלקוחות · עוד נראה לי להביא ראיה מהא דאיתא בב"ק (דף צ"ח ע"ב) דאמר רב אשי אומן קונה בשבח כלי וכתב שם הרשב"א בד"ה מאי טעמא שדעתו של אומן להשביחו לעצמו ולקנות בו שכרו · אבל לכו"ע כשישלם הבע"ה שכרו וגם לא קלקל אינו קונה כל שבחו שעל דעת שיהיה שבחו של כלי לבעלים הוא מתקנה ומשביחה עיין שם ברשב"א ותמצא בהדי' כי אנכי העתקתי בקיצור דבריו · ומזה שכתב הרשב"א אין לנטות ימין ושמאל ועיין באחרונים בס' ש"ו בחו"מ ותמצא ג"כ שאין אפשר לומר באופן אחר · והאיך כתב הריטב"א דהטעם דמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא משום דלא מצינו קנין לחלאין · וגם אף למ"ד שעבודא דאורייתא הוא מודה ג"כ לזאת הסברא דלא מצינו קנין לחלאין רק דסובר דשיעבוד עדיפא טפי דאין הקנאה רק מתלי תלי וקאי לכן סובר דשיעבודא דאורייתא· וקשה הא סובר רב אשי דאומן קונה בשבח כלי ויש לו קנין בגוף הכלי ויכול לקדש בו את האשה ע"ש ובקדושין (דף מ"ח ע"ב) אלא ודאי דגם גבי קני' היכא שחל ממילא דלא בעינן דעת המקנה רק דעתו של האומן שמתקנה ומשביחה שיהיה קונה בשבחו לקנות בו שכרו כדכתב הרשב"א הנ"ל יש קנין לחלאין ומפורשת זאת בתורה דבקנין דחל ממילא יש קנין לחלאין כמ"ש לעיל בע"ח קונה משכון דמפורש הוא בתורה · ולפ"ז לא היה יכול להביא ראיה הרבינו אלי' המבואר בתוספות וברא"ש ומרדכי בריש פרק אע"פ מהך שומרים המפורשים בתורה שמחויבין לשלם אם יארע היזק כל שומר ושומר לפי דינו אף אם אין להם נכסים בשעה שהתחילו לשמור אפי"ה נשתעבדו הנכסים שקנו אח"כ השומרים כמו כן יכול החתן להתחייב אע"פ שאין לו שיהיה משועבדים הנכסים שיקנו אח"כ · דמשומרים הנכתבים בתורה אין ראיה דהתם השיעבוד חל ממילא על הנכסים דלא בעינן דעת השומר שישתעבד הנכסים אלא מצד גזירת הכתוב כדכתבתי לעיל באות ב' והבאתי ראיות לזה ואחד מהם הוא מדברי התוספות ב"ק (דף כ"ז ע"א) בד"ה כגון ומחו"מ ס' ש"ג ס"ב לכן אמרינן דנשתעבדו הנכסים של השומר אף שלא היה לו בשעה שהתחיל לשמור ואמרינן ג"כ דיש קנין לחלאין משא"כ גבי חתן דהתם השיעבוד על הנכסים הוא מדעת הנותן הוא שאם לא היה משתעבד מדעתו לא היה משועבד כלל ולכן הוה אמינא דאין אדם יכול לשעבד נכסי' אם אין לו בשעה שהתחייב א"ע וגם דלא אמרינן גביה דיש קנין לחלאין כיון דלא חל ממילא לכן הוצרכו התוספות והרא"ש והמרדכי בשם רבינו אלי' להביא ראי' ממתנה ש"ח להיות כשואל דמשתעבד נכסיו של השומר הנס אף שלא היה לו בעת שהתחיל לשמור שיהיה מחויב באחריות כדין שואל והתם השיעבוד אינה חל ממילא דהא לא נשתעבדו נכסים של הש"ח שיהיה כשואל רק אם קנו מידו כדאיתא בב"מ (דף צ"ד) ואפי"ה משתעבד נכסי הש"ח שלא היה לו בשעה שקנה מידו אם מתנה שיהיה כשואל ה"ה גבי חתן משעבד נכסיו מדעתו אעפ"י שאין לו בשעה שמתחייב א"ע · הרי נתבאר בהרבה ראיות דשיעבוד ממילא עדיף משיעבוד דבעינן דעת מקנה · לכן נראה לי דאליבא דמ"ד שיעבודא דאורייתא הטעם בלו ששיעבוד שחל על הנכסים של הלוה הוא חל ממילא ואליבא דידיה לא מצרכינן לטעמא דשיעבוד עדיף מקנין · אבל למ"ד שיעבודא ל"ד אליבא דידיה צריכין אנו לומר דשיעבוד עדיף מקנין אף דלא מצינו היכי שבעינן דעת המקנה שיהי' קנין לחלאין מ"מ בשיעבוד כיון דאין הקנאה גמורה דמתלי תלי וקאי כמ"ש הריטב"א הנ"ל אמרינן דיש קנין לחלאין · וכן מוכח לדברי ר' אלי' שהתוס' כתבו בשמו (בדף קע"ו) בב"ב ד"ה גובה דסובר דשיעבודא לאו דאורייתא · דלא נוכל לומר אליבא דידיה דאף למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא מ"מ השיעבוד נכסים חל ממילא כדכתב התוס' (בדף קנ"ז) שם ד"ה דאקני וכו' וי"ל דמודה ר"מ בהא ששיעבוד חל ממילא והמה כתבו אליבא דשמואל ושמואל סובר שיעבודא לאו דאורייתא עיין (בדף קע"ה ע"ב) שם · וכ"ת האיך נוכל לומר ששיעבוד חל ממילא אליבא דמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא דלכאורה זה אין סברא לומר שהכמים תקנו שיהיה השיעבוד חל ממילא · ונראה לי דכונת התוספות במה שכתבו דהשיעבוד חל ממילא אין כוונתם שהשיעבוד של הנכסים חל ממילא רק שהשיעבוד הגוף חל ממילא שמחויב לשלם אפילו מגלימא דעל כתפאי שקנה אחר שילוה בהמעות שהרוית אחר כך לכן תקנו שיהיה השיעבוד חל על הנכסים שיקנה אח"כ שיטרוף מן הלקוחות כדי שלא תנעול דלת בפני הלוין אליבא דשמואל שסובר שיעבודא לאו דאורייתא וכעין זה מצינו בב"ב (דף ס"ז ע"א) אמר שמואל מכר לו עשר שדות בעשר מדינות כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולן ופירש רשב"ם על זה בד"ה כיון וכדמפרש בפ"ק דקדושין (דף כ"ו) שנתן לו דמי כולן דכיון דקיבל המוכר כל הדמים של עשר השדות הרי אישתעבוד כולהו ללוקח בשביל מעותיו שנתן לו ודני לן בחזקת אחת מהן כו' עכ"ל · ועיין עוד שם (בדף נ"ג ע"ב) ברשב"ם ד"ה אותו קנה וכו' אך להרמב"ם יש לו שיטה אחרת שם ואי"ה דעתי לכתוב בזה לקמן · הרי מצינו כיון שיש שיעבוד על השדה בקל יכול לקנות אותה ה"נ כיון שיש שיעבוד הגוף ממילא לגבות מן הנכסים כשיכנס ביד הלוה בקל יכול לשעבד שיהיה השיעבוד חל על הנכסים לטרוף אף מן הלקוחות · זהו סברת התוס' לפי דעתי אבל לשיטת רבינו אלי' אי אפשר לומר כן כיון דהוא סובר דחתן יכול לחייב א"ע אע"פ שאין לו לגבות מן הנכסים שעתיד לקנות אף מן הלקוחות ובזה לא היה שום שיעבוד ממילא רק שהוצרך לשעבדן מדעתו ואפי"ה טורף מן הנכסים שיקנה אח"כ וגם איהו פוסק שיעבודא לאו דאורייתא כדכתבתי לעיל לכן צריכין אנו לומר אליבא דידיה הטעם דמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא האיך יכולין חכמים לתקן שיטרוף מן הנכסים דהא לא מצינו קנין לחלאין הוא רק מטעם דשעבוד לא הוה הקנאה גמורה רק מתלי תלי וקאי כמו שכתב הריטב"א הנ"ל · היוצא מדברינו דאליבא דמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא ולהפוסקים שפסקו כותיהו הטעם דטורף המלוה מהנכסים אף שקנה אותם אחר שלוה ומכרם הוא מטעם דהשעבוד חל ממילא אף אם נימא דאקני לאו טעות סופר הוא ובעינן שישעבד הלוה אותם בפירוש · מ"מ חל השיעבוד כיון שיש שיעבוד להמלוה על הלוה שמחויב הלוה לשלם מהנכסים שיקנה אח"כ אם יכנס בידו · לכן חל השעבוד על הנכסים שיטרוף אותם אף מן הלקוחות · דבזה בעינן שיהיה שיעבוד על הנכסים ולא מהני חיוב הגוף של הלוה לטרוף מן הנכסים מן הלקוחות כיון שהמה לא נתחייבו כסברת הקצוה"ח בס' קי"ב · וגם אליבא דמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא ולהפוסקים דפסקי כוותי' ג"כ נוכל לומר זה הסבר וכדכתבתי לעיל כונת התוס' (דף קנ"ז) ד"ה דאקני · אך לדברי רבינו אלי' צריכין אנו לומר דהטעם דמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא מפני מה תקנו חכמים שיטרוף מהלקוחות משום דאין הקנאה גמורה רק מתלי תלי וקאי כמ"ש הריטב"א · ומתוך דברינו אלו · אין אנו מבינין מה שכתב אח"כ הקצות החושן שם דמוכח מדברי הרמב"ם פרק י"ח מהל' מלוה דלא יש שום שיעבוד על הנכסים שקנה הלוה לאחר שלוה אף דאיהו פוסק בפי"א מהל' מלוה דשיעבודא דאורייתא והאיך נוכל לומר דהשיעבוד חל ממילא על הנכסים דעתיד למקני זה תורף דברי' כי קצרתי מאוד בזה עיין שם · דנוכל לומר דגם הרמב"ם ס"ל זאת הסברא דהא דטורף מהנכסים דעתיד לקנות הוא ג"כ הטעם דשיעבוד ממילא חל כדכתבתי לעיל כונת התוס' בפ' מ"ש (דף קנ"ז) וגם שזהו סברת ר"מ דכיון שהשיעבוד של הגוף של הלוה חל ממילא על הנכסים שיקנה אח"כ שמחויב לשלם אם ישנו תחת ידו לכן חל השיעבוד על הנכסים ממש שיכול לטרוף אותו מן הלקוחות אף שהמה לא נתחייבו · כיון דבלאו הכי יש שיעבוד להמלוה שמחויב הלוה

לשלם

לבלם מאותן הנכסים שקנו אח"כ כשיבאו תחת ידו · לכן הוא קל שיהיה חל השיעבוד על הנכסים ממש שיכול לטרוף אותן מן הלקוחות כסברת רשב"ם הנ"ל [ועיין בדברינו דלקמן שאבאר שאין מהרמב"ם הנ"ל הוכחה שאין השיעבוד חל על הנכסים דאקני] · וגם מדברינו אלו אינו מובן מה שכתב הקצות החושן אח"כ שקשה לו מפני מה אין אדם משעבד לאדם שאינו בעולם כדאיתא בפ"ק דגיטין גבי מעמד שלשתן דפריך אלא מעתה הקנה לנולדים וכן פ' יש נוחלין גבי כתובות בנן דיכרין הא מלינו דאדם משעבד דבר שאינו בעולם עיין שם בדבריו כי קצרתי · ולפי דברינו יש לתרץ הקושיא שלו דמשו"ה אין אדם משעבד לנולדים כיון דאם לא היה משועבד לא יש שום חיוב עלי' להנולדים אבל הכא החיוב שיש להמלוה על הלוה שמחויב לשלם מהנכסים שיקנה אח"כ אם יבאו תחת ידו הוא בא ממילא לכן יכול לשעבד שיהיה על השיעבוד הנכסים שיכול לטרוף אותן אף מן הלקוחות כמ"ש · ומ"ש אח"כ הקצוה"ח וראיתי בשו"ת מהרי"ט ח"מ ס' כ"ג שהבדיל דשאני ס"ע מדבר שבכ"ל לענין שיעבוד וז"ל דלא דמי דשלמא כשהדבר אינו בעולם שא"א לסקנותו בקנין יכול להשתעבד עלי' דלכשיבא לעולם יתחייב ליתן לו ושיעבודא הא חייל אגופו וגופו איתא בעולם אבל כשהזוכה אינו בעולם דליזכה מאי מהני שגופו של זה אין בעולם עכ"ל ומדברינו נראה דשיעבוד דאקני הוא מטעם חיוב וזה ליתא לפענ"ד דהיוב דחל על גופו במתחייב ליתן לו אפילו מאה ליטרין ואין לו בשעת החיוב אמרינן דהחיוב חל על גופו וכיון דגופו איתא בעולם מצי להתחייב אפילו בדבר שאינו בעולם וכיון דגופו נתחייב בחיוב זה ממילא צריך אח"כ לשלם כיון דהכר נתחייב ומצי' אפילו מגלימא דעל כתפאי · אבל שיעבוד צריך שיחול על גוף הנכסים דאם החיוב תחול על גופו מבוס זה לא היה טורף מנכסים שמכר כיון שהלוקח לא נתחייב כלל אלא לענין שיעבוד צריך שיהא השיעבוד חייל על גוף הנכסים · וה"ל דברי המרי"ט נכונים בטעמם · דגם כונת המהרי"ט שהשיעבוד חל על נכסים דהא כתב מהרי"ט דיכול להשתעבד עלי' דכשיבא לעולם מתחייב ליתן לו והדין דאם מתחייב א"ע ליתן לו איזה חפץ מחויב ליתן לו החפץ · כמו שמבואר בדברי הטור והמחבר בס' ס' סעיף ו' ועיין בתומים ובקצות החושן על סעיף זה ותמצא בהדי' כדברי וה"נ סובר מהרי"ט כיון שמיעבד לו דאקני כונת המשעבד שיהיה חיוב השיעבוד חל על הנכסים שיקנה ולכן טורף מן הלקוחות אף שהמה לא נתחייבו ומה שיוכל לחזור משיעבוד דאקני לכמה דיעות היינו טעמא דהא לא נתחייבו א"ע במחויב לקנות רק שמתחייב א"ע שאם יהי' ברצונו לקנות ביחול השיעבוד על הנכסים לכן יכול לחזור כיון שאין מחויב לקנות והבנתי זאת הסברא מנתיבות המשפט בס' ס' על סעיף ו' :

פרח ד אות ז

והנה השו"ע בסי' ר"ע ס"ו כתב הפוסק על שער שבשוק וקיבל דמיו ולא הי' אותו הדבר שפסק עליו ברשות מוכר חייב לקנות וליתן ללוקח מה שפסק ואם חזר בו מקבל מי שפרע עכ"ל וכן כ' הרמב"ם ז"ל · והנה מבו"ע מדברי הרמב"ם ושו"ע דרק אם המוכר רוצה לחזור השבות בידו אם יקבל המ"ש אבל הלוקח לא יכול לחזור אף אם יקבל המ"ש · ואם' נאמר דהפוסק על שער שבשוק מטעם חיוב קאתינן עלה תיקשי דלמה המוכר יכול לחזור בו ולא הלוקח · דלא מיבעיא לסברת המהרי"ט והקצוה"ח שהבאתי באות ו' דס"ל דהיכא דהתחייב עצמו ליתן החפץ דמחויב לקנות א"כ פשיטא דחל החיוב על המוכר ולמה יכול לחזור · אלא גם לפי מה שכתבתי דלא התחייב עצמו אלא כשיבוא הדבר לידו שיתן להלוקח אבל לא התחייב עצמו שיהיה מחויב למיטרח ולקנות גם כן תיקשה דמה שכתב דהלוקח אינו יכול לחזור ומוכר יכול לחזור · ולפי מה שכתבנו שהורת מכר קאתינן עלה יהיה ניחא דגרסינן בגיטין (דף ל' ע"א) ת"ר המלוה מעות את הכהן כו' להיות מפרים עליהן כו' ופוסק עמהן כשער הזול ואין בו

משום רבית ואין שביעית משמטתו ואם בא לחזור אינו חוזר נתייאשו הבעלים אין מפריש עליהן לפי שאין מפרישים על האבוד אמר מר כו' ואין שביעית משמטתו דלא קרינא ביה לא יגוש ואם בא לחזור אינו חוזר אמר רב פפא לא שנו אלא בעה"ב בכהן אבל כהן בבעה"ב אם בא לחזור חוזר דתנן נתן לו מעות ולא משך הימנו פירות יכול לחזור בו כו' עכ"ל הגמרא ופירש"י ע"ז בד"ה בעה"ב אם בא לחזור בכהן אינו יכול שהרי כספו בידו וזה לא היה למשוך ממנו כלים דלימא ליה לא משכתי אבל כהן חוזר בו דכיון דעשוהו כזוכה יכול לטעון לא משכתי ממנו פירות וגם התוס' שם בד"ה לא שנו וכו' הביאו פירש"י והסכימו לזה · ולפי דעתי גם הרמב"ם מפרש כפירש"י שז"ל הרמב"ם בפ' ז' מהל' מעשר הלכה ז' כשהוא מחשב וכו' ואין השביעית משמטת חוב זה ואם בא בעה"ב לחזור אינו חוזר אבל אם רצו אלו שלקחו המעות לחזור חוזרין וכו' עכ"ל הרמב"ם ושינה הרמב"ם בלשונו מלשון הגמרא בשני שינויים אחד שבגמרא איתא ואין שביעית משמטת וכו' וברמב"ם איתא ואין השביעית משמטת חוב זה · שנית שבגמרא איתא אבל כהן בבעה"ב אם בא לחזור חוזר וברמב"ם איתא אבל אם רצו אלו שלקחו המעות וכו' דצריכין להבין מפני מה שינה הרמב"ם בלשונו · לפי דעתי דהרמב"ם היה קשה לו על הגמרא מפני מה צריכה לאשמועינן הברייתא דאין שביעית משמטת דפשיטא דאינה משמטת כיון דהוא מכר ואין השביעית משמטת רק דמי חוב ולא דמי מכר ועל הגמרא לכאורה קשה יותר דמפרש הגמרא דהטעם דמפני מה אין שביעית משמטת דלא קרינא ביה לא יגוש הא בלאו הכי אינו משמטת כיון דהוא הוה רק דמי מכר · לכן דקדק הרמב"ם בלשונו לתרץ זאת וכתב שאין השביעית משמטת חוב זה דלא הוה דמי מכר דכיון דאם רצו אלו שלקחו המעות לחזור חוזרין כמו שכתב הרמב"ם אח"כ · נמצא לפ"ז לא הוה דמי מכר ומעות מלוה הוא לגביה לכן הוה אמינא דשביעית משמטתו משמיענו הברייתא דאין השביעית משמטת וכדמפרש הגמרא הטעם דלא קרינא לא יגוש וגם מה ששינה הרמב"ם מלשון הגמרא שכתב אבל אם רצו אלו שלקחו המעות וכו' הוא בא לרמז שאינו מפרש כפירש הראב"ד הובא דבריו בחידושי הר"ן לגיטין שם בד"ה לא שנו וכו' ולפיכך נראין דברי הראב"ד שפירש דכיון שמתחילה התנה עמו שאם אין הפירות בשדה שלא יחזיר לו כלום כעין מתנה היא וכיון שזכה הלה אינו יכול לחזור בו אבל כהן בבעה"ב כמוכר פירותיו דמי הילכך אם בא לחזור חוזר עכ"ל דלפי דברי הראב"ד אף אם לא קבלו הכהן והעני את המעות רק אם התחייב הבעה"ב כדת כמבואר בח"מ ס' מ' ליתן לסכהן או להעני ויהיה מפריש עליהן ג"כ מחויב ליתן להם ואינו יכול לחזור דהוה כעין מתנה לפי דברי הראב"ד לכן דקדק הרמב"ם בלשונו וכתב אבל אם רצו אלו שלקחו המעות לחזור חוזרין וכו' דדוקא אם קיבל המעות אינו יכול לחזור בעה"ב דמי שהמעות בידו ידו על העליונה ואינו יכול לחזור הבעה"ב כדפירש רש"י הטעם שהרי כספו בידו וזה לא היה לו למשוך ממנו אבל אם לא קיבל המעות רק התחייב הבעה"ב ליתן גם בעה"ב יכול לחזור כמו שהכהן יכול לחזור אף שהתחייב א"ע בשטר ומבואר בס' מ' דאינו יכול לחזור מ"מ הכא יכול לחזור אף הבעה"ב דכיון שהתחייב א"ע רק בשביל זה יתן לו הכהן או העני התרומות או המעשרות וכיון שהעני יכול לחזור נמצא דלא הוי מכירה כלל גם התחייבות של הבעה"ב לא מהני מידי דמאי אלימא כח העני מכח הבעל הבית · וכיון שבירגנו שהרמב"ם מפרש כפירש רש"י וגם היש"ש בגיטין שם השכים ג"כ לפירש"י · ומדברי הרשב"א והריטב"א אין ראיה שחולקין על רש"י בזאת הסברא שמבוס הכי הבעה"ב אינו יכול לחזור מפני שהוא כספו בידו ואין לו מה למשוך אף שהמה מפרשים פירש אחר בדברי הגמרא דשם הוא רק מחמת שקשה להם קושיא אחרת על רש"י אבל זאת הסברא לא דחו · וגם נלפענ"ד להרץ קושיות הרשב"א שהקשה על רש"י בגיטין שם בד"ה ואם בא לחזור וכו' ועוד מאי קאמר אבל כהן בבעה"ב יכול

לחזור דאי מדינא המוכר אינו יכול לחזור בו דהא קי"ל כרבי יוחנן דאמר מעות קונות ומה טעם אמרו משיכה קונה כדי שלא יאמרו נשרפו חטך בעליה ואמרינן בב"מ (דף מ"ט ע"ב) שאם היתה עלי' של לוקח מושכרת למוכר אין הלוקח יכול לחזור בו דטעמא מאי תקנו רבנן משיכה שמא יאמר נשרפו חטיך בעלי' הכא ברשותו דלוקח נינהו ואם נפלה דליקה איהו טרח ומציל ואע"ג דה"מ לר"ש מיהו מדברי ר"ש נשמע לרבנן כמ"ש שם רבינו אלפס ז"ל וכ"ש הכא דברשותו של לוקח הם דלא מחסרא משיכה · ואמרתי לתרץ זאת דהכא ג"כ אינו מעות קונות דהכא מיירי שפסק שיהא שייך לו התרומה מה שהוא כנגד מעותיו והשאר יחזיר לכהן · דחיישינן שמא יהיה לבעל הבית הרבה תרומות ומעשרות שהוא יותר הרבה ממעות שהלוה את הכהן ואת העני ואם יפול דליקה יציל רק התרומות והמעשרות מה שהוא כפי חובו אבל השאר לא יציל דאף דלא יבוא ליד כהן התרומות ג"כ פירותיו מתוקנים ולכן עקרו חכמים קנין המעות ואמרו דכהן יכול לחזור ומשום זה יציל גם השאר תרומות ומעשרות · שאם לא יתן התרומה לכהן והמעשר ללוי מה שהוא יותר מחובו יחזור הכהן או הלוי ויפסיד הבעה"ב · דהא פסק כשער הזול כמבואר בגמרא וכשלא יתן לו הבעל הבית מה שהוא יותר מכדי חובו יחזור הכהן או העני מהמכירה שמכר לו בעד הלואה שהלוה להם בעה"ב וכשיגבה הבעה"ב את חובו מהתרומות ומעשרות שהלוה עליהם ישומו התרומות ומעשרות כמו שהוא עכשיו ולא כשער הזול שהיה בעת שהלוה · והכהן והעני יחזרו מפני שלא הציל התרומות ומעשרות מה שהוא יותר מכדי חובו ולכן מפני חשש זה שיהיה חושש הבעל הבית אולי יחזרו הכהן והעני יציל גם שאר תרומות ומעשרות מה שהוא יותר מכדי חובו ומחמת זה יהיה בטוח שלא יחזרו הכהן או העני דאם יחזרו לא יתן להם השאר תרומות ומעשרות מה שהוא יותר מכדי חובו · ולכן עקרו חכמים קנין המעות לגבי המוכר כמו דאמרינן בב"מ (דף מ"ז ע"ב) אליבא דר"ש שלא תקנו משיכה רק במוכרין שיהיה ידם על העליונה שאם רוצה לחזור חוזר וטעמא דר"ש הוא ג"כ שתקנו משיכה הוא מחמת חשש שמא יאמר נשרפו חטיך בעליה ואם יכול לחזור המוכר אף שהלוקח אינו יכול לחזור אף קודם שמשך ליכא חשש שמא יאמר נשרפו וכו' עיין שם (בדף מ"ט ע"ב) אמר רבא הכא במאי עסקינן כגון שהיתה עלי' של לוקח מושכרת ביד מוכר טעמא מאי תקינו רבנן משיכה גזירה שמא יאמר לו נשרפו חיטך בעליה הכא ברשותו דלוקח נינהו אי נפלה דליקה באונס איהו טרח ומייתי ליה · ומאי דאמר רבא הוא אליבא דר"ש עיי"ש ואף לפי מאי דפסקינן כרבנן דר"ש דס"ל דתקינו משיכה אף בלקוחות שגם הלוקח יכול לחזור קודם משיכה במחמת זה דכי מוקמת לחזרה נמי ברשות לוקח מסר נפשי' המוכר וטרח ומציל שאם ירצה הלוקח דליקה באה יאמר הוזלו בו עיין בגמרא (דף מ"ז ע"ב) וברש"י שם ד"ה כך והכא גבי כהן והעני עקרו חכמים קנין מעות רק לגבי מוכר אבל לגבי לוקח היינו הבעה"ב לא עקרו חכמים קנין מעות כיון דאין לו מה למשוך כדכתב רש"י בגיטין שם והבאתיו לעיל · ומחמת דאיכא חשש שמא לא יציל הבעל הבית השאר תרומות ומעשרות מה שהוא יותר מכדי חובו לכן עקרו חכמים לגבי מוכר קנין מעות שמפני זה יטריח ויציל הבעה"ב שאר התרומות והמעשרות מה שהוא יותר מכדי חובו כדכתבתי לעיל · ונוכל לומר עוד טעם אחר שמפני זה עקרו חכמים קנין מעות לגבי הכהן והעני דהם המוכרים אף דבכל מקום עקרו חכמים קנין מעות אף לגבי לוקח אליבא דרבנן דנקטינן כוותייהו · דהתם החשש שלא יטריח ולא יציל המוכר אם יפול דליקה מה שמכר משו"ה עקרו חכמים קנין מעות אף לגבי הלוקח שמפני זה מסר נפשי' טפי וטרח ומציל אבל הכא המקח שמכר בודאי יטריח ויציל הבעל הבית רק החשש הוא שלא יטריח ויציל התרומות ומעשרות מה שהוא יותר מכדי חובו לכן די לנו שיעקרו קנין המעות לגבי המוכר והיינו הכהן או העני כמו דס"ל לר"ש

ומפני זה יטריח ויציל הבעל הבית התרומות ומעשרות מה שהוא יותר מכדי חובו כדכתבתי לעיל · ומה שהקשה עוד הרשב"א דברשותו של לוקח לא בעי משיכה דקניא לו חצירו וכו' גם זה נראה לפענ"ד לתרץ דהא דאמרינן דכהן יכול לחזור קודם שבא התרומה בחצירו של בעל הבית ואף אם אחר כך בא התרומה לחצירו של בעה"ב לא קנה לו חצירו בע"כ של כהן דכיון שמקודם חזר בו · וכיון שיישבתי פירוש רש"י שלא יקשה עליו קושיות הרשב"א וגם מה שהקשה חידושי הר"ן שם על רש"י כדברי התוס' שם בד"ה לא שנו וכו' תירצו התוס' הקושיא הזאת · וגם מה שכתב הריטב"א שם שאינו מחוור פירש"י ולא כתב הקושיא בפירוש לפי הנראה כוון ג"כ לאחד מן הקושיות שהקשה על רש"י הרשב"א וחידושי הר"ן · וכבר כתבנו שדברי רש"י נכונים המה ויכולים אנחנו לומר שגם המה אילמלא לא קשיא להו הפירש"י ג"כ היו מסכימים לפירש"י רק החולק על פירש"י הוא הראב"ד הובא דבריו בחידושי הר"ן · והיש של שלמה בגיטין שם באות י"ט בד"ה מתניתין וכו' הסכים ג"כ לפירש"י עיי"ש בסוף הדיבור הזה · ובודאי ראה יש של שלמה מה שהקשה עליו ואעפ"כ פירש כפירוש רש"י וכיון שכן נראה לפענ"ד דפסקינן כפירש"י · ולפ"ז ניחא הא דמשמע מדברי השו"ע בחו"מ סימן ר"ט הנ"ל דדוקא מוכר יכול לחזור מן המכירה אם יקבל מ"ש אבל הלוקח אינו יכול לחזור אף אם יקבל מי שפרע דלכאורה קשה דמפני מה עדיפא כח המוכר יותר מן הלוקח אבל לפי מה שכתבנו דפסקינן כרש"י הנ"ל דלוקח אינו יכול לחזור כיון דאין לו מה למשוך וכל היכא דאין יכול למשוך לא עקרו חכמים קנין מעות וכ"כ בהג"א פ"ד דב"מ לענין בכור דהיכא דלא שייך משיכה מהני קנין מעות אבל המוכר יכול לחזור כמו דאמרינן בגיטין שם דכהן יכול לחזור מפני שכספו בידו אף שלא היה לו למשוך הלוקח את הפירות דהיינו הבעל הבית דמשום הכי אינו יכול לחזור אבל המוכר דהיינו הכהן יכול לחזור ה"נ גבי פוסק על השער מן השוק וקיבל המוכר דמי המכירה ידו על עליונה אם ירצה לחזור הרשות בידו מפני שהכסף בידו · ואף לפי מה שכתבנו דלוקח אין יכול לחזור בו לפי הנראה הוכחת הבעל נתיבות המשפט באות ע' במשפט האורים שם דפוסק על השער לא קנה רק למי שפרע דאי קנה קנין גמור א"כ דנימא דדבר המצוי בשוק הוה כאילו ברשותו למה לא קנה לגמרי כיון דליכא חשש דנשרפו חיטך עיין שם בנתיבות המשפט והבאתי דבריו לעיל ולפי מה שכתבנו דלוקח אינו יכול לחזור לכאורה הטענה יותר חזקה דכיון דהלוקח אינו יכול לחזור אף אם נוכל לומר כיון שעקרו חכמים קנין המעות משום חשש שמא נשרפו חיטיך לא היה לחכמים לומר שיכול לחזור המוכר ולא הלוקח דהמוכר לא יציל כיון דאינו יכול לחזור הלוקח · דנוכל לומר דעשו חכמים דין הפוסק על שער שבשוק כמו דס"ל לר"ש בב"מ (דף מ"ז) דהמוכר יכול לחזור ולא הלוקח אף דס"ל לר"ש שעקרו חכמים קנין המעות לגבי המוכר משום חשש שמא יאמר נשרפו חיטיך בעליה כדאמרינן בב"מ (דף מ"ט ע"ב) תניא אמר ר"ש כו' אמר רבא הכא במאי עסקינן וכו' טעמא מאי תקינו רבנן משיכה גזירה שמא יאמר לו נשרפו חיטיך בעליה מ"מ לא עקרו רק לגבי המוכר כיון דהמוכר יכול לחזור יציל דשמא תתייקר הפירות וירוויח במה שיציל כיון שיכול לחזור וה"נ גבי הפוסק על שער שבשוק כיון דהמוכר יכול לחזור ג"כ יציל מהאי טעמא דאף דלא סיים החיטין שמכר כיון שלא הי' ברשותו אינו יכול לסיים שזה הכור חיטים אני מוכר לך כמובן · לכאורה בלאו הכי לא נוכל לומר נשרפו חיטיך אם יציל החיטים אחרים אם יש לו הרבה כורים · ולמה הוצרכו חכמים לעקור קנין המעות לגבי המוכר משום דאף דלא סיים הדבר שמכר מ"מ יכול לומר כור חיטים שלך נשרף כדאמרינן במנחות (דף ק"ח) והבאתיו לעיל לכן עקרו חכמים הקנין מעות לגבי המוכר כדי שיציל שירוויח אם תתייקר הפירות אף דפסקינן כרבנן דיכולים לחזור הן המוכר והן הלוקח דאם היה הקנין במעות בלבד ·

הכא

הכא כיון דאין הלוקח יכול למשוך את הפירות ראו חכמים לעקור קנין המעות רק לגבי מוכר מפני שהכסף בידו כמו דס"ל לר' שמעון וכתבתי מזה לעיל באריכות וגם א"כ קשה למאן דס"ל בסימן קנ"ח דבמקום דליכא השם דנשרפו חיטיך קונה כסף קנין גמור במטלטלין א"כ בפוסק על השער דליכא השם דנשרפו חיטיך לקני קנין גמור אלא ודאי דפוסק על השער לא קנה רק למי שפרע ע"כ נכונים המה · ואני אוסיף עוד לומר דאפילו לדעת הפוסקים דאף במקום דליכא השם דנשרפו חיטיך בכל זאת עקרו חכמים קנין המעות · הכא בפוסק על שער שבשוק אף לדעתם אינו יכול לחזור המוכר אם היה נקנה דבר המצוי בשוק בקנין גמור כיון דהלוקח אינו יכול לחזור כמו שכתבנו מאי עדיפא כח המוכר יותר מן הלוקח דבשלמא אם אינו קונה הדבר המצוי בשוק רק למי שפרע ניחא כיון דמצד הדין אינו נקנה כלל רק דחכמים תקנו שיהיה נקנה לקיבולי מי שפרע ראו חכמים בעיניהם לתקן זאת כמו דס"ל לר' שמעון בב"מ (דף מ"ז ע"ב) שעדיפא כח המוכר יותר מן הלוקח כי על תקנת חכמים אין להקשות כלום כידוע · אבל אם נימא דמצד הדין נקנה הדבר המצוי בשוק בקנין גמור אף דאינו ברשותו כיון דדבר המצוי הרי הוא כמו ברשותו ולא יש שום תקנת חכמים בדבר זה מפני מה עדיפא כח המוכר יותר מן הלוקח כיון דפסקינן כרבנן דר' שמעון שם דדיניהם של הלוקח והמוכר שוה שאינם יכולים לחזור אם היה הקנין במעות בלבד מפני מה הכא בפוסק על שער שבשוק אלים כח המוכר יותר מן הלוקח גם לפי דברינו יכולים אנחנו לומר דדבר המצוי בשוק הוא נקנה בקנין גמור ומשום הכי אין הלוקח יכול לחזור כיון דאין לו מה למשוך :

פרח ד אות ט

ולפי דברינו יתורץ דברי הרמב"ם בפרק כ"ד מהל' מכירה הלכה י"ג האומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך אפילו לא היה לו דקלים אם רצה לקנות לו ב' דקלים הרי זה נקנה המקח ואין הלוקח יכול לומר לו איני לוקח אלא קרקע שיש בו ב' דקלים וכתב ע"ז הראב"ד א"א הרב חייב לקנות ב' דקלים ועיקר עכ"ל וכתב ע"ז הכסף משנה דצריכין להבין דמ"מ אי הוי כדבר שלא בא לעולם כיון שלא היה ברשותו · או הוי דבר שבא לעולם דאע"ג דלא היה ברשותו הרי בעולם היה · אי הוה כדבר שלא בא לעולם הרי המכירה היה בטל כיון שלא היה אותה שעה ברשותו למה לא יוכל הלוקח לחזור בו ואי הוה כדבר שבא לעולם למה לא נתחייב המוכר לקנות לו דקלים · ותירץ דדין זה הוא מורכב שמצד שלא היה ברשותו אז חשוב שלא בא לעולם ומצד שאע"פ שלא היה ברשותו כיון שהיה בעולם בא לעולם מיקרי ולגבי לוקח דין אותו כבא לעולם ולגבי מוכר כלא בא · וכן כתב הט"ז בחו"מ (סימן רי"ז בסעיף א') · והתירוץ הזה אינו מורווח כמובן לכל · ונראה לי לתרץ דדין זה מיירי שהקנין היה במעות בלבד וכן מוכח לשון הרמב"ם שבהלכה י"ד כתב המוכר פרדס לחבירו צריך שיכתוב לו קנה לך דקלים וכו' ובהלכה י"ג כתב האומר לחבירו ולא כתב הכותב לחבירו וכן מוכח מהגמרא דהקנין היה רק במעות בלבד דגם שם בדין הקודם לזה איתא שם צריך למכתב וכו' ובדין הזה איתא אמר ליה כו' עי"ש בב"ב (בדף ס"ט ע"ב) והנה פסקינן דכל המחובר לקרקע הוא נקנה בקנין קרקע עיין בחו"מ (סימן קצ"ח סעיף א') וגם אמרינן בקידושין (דף כ"ו ע"א) אמר רב לא שנו אלא במקום שאין כותבין את השטר · פירוש אז נקנה הקרקע בכסף בלבד אבל במקום שכותבין את השטר לא קנה · פירוש עד שיכתוב את השטר עכ"ל הגמרא ופירושה · וכן פסקו (בחו"מ בס' ק"צ ס"ז) וכיון דמחובר לקרקע הרי הוא כקרקע אם במקום שכותבין את השטר לא קנה במעות עד שיכתוב את השטר והכא בדין האומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך וכו' דמיירי שהקנין היה במעות בלבד כמו שהוכחתי ומן הסתם דרכן לכתוב שטר על מכירת קרקע או על המחובר לקרקע כדי שלא יוכל המוכר לכפור שלא מכר לו כלל וגם זה מוכח מדברי הרמב"ם שדרך לכתוב שטר דאל"כ מאי נ"מ אם הקנין במעות או הקנין היה בשטר מפני מה שינה בלשונו וגם בהגמרא מוכח ג"כ כזה כדכתבתי אך הכא בדין האומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך וכו' אין יכולים לכתוב שטר כיון שאין לו דקלים בעת שמכר רק רוצה לקנות המוכר דקלים וליתן להלוקח ועל מה יכתוב שטר דבשטר צריך לסיים הדקלים שהוא מוכר ומה יסיים כיון שאין לו לכן הלוקח אינו יכול לחזור דדמי למאי דאמרינן בגיטין (דף ל' ע"א) דאם הלוה מעות את הכהן וכו' להיות מפריש עליהן דאם בא לחזור אינו חוזר ואמר רב פפא לא שנו אלא בעל הבית בכהן אבל כהן בבעל הבית אם בא לחזור חוזר דתנן נתן לו מעות ולא משך הימנו פירות יכול לחזור בו וכו' עכ"ל הגמרא והבאתיו לעיל באות ה' ופירש"י ע"ז דמשום הכי הבעל הבית דהוא הלוקח אינו יכול לחזור כיון דאין לו מה למשוך אבל הכהן דהוא המוכר יכול לחזור מפני שהכסף בידו לפיק ידו על התחתונה ועיין לעיל באות ה' שביארתי דברי רש"י ויישבתי כל הקושיות שהקשו עליו הראשונים ז"ל בטוב טעם ודעת לפ"ז ה"נ גבי אומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך אין הלוקח יכול לחזור אף שמיירי במקום שכותבין את השטר הכא כיון דאין להמוכר הדקלים שמכר אינם יכולים לכתוב שטר כדכתבתי לכן אין הלוקח יכול לחזור כמו דאמרינן דאין הלוקח יכול לחזור אם אין לו מה למשוך אבל המוכר יכול לחזור דמיירי שהכסף בידו דאם לא נתן הלוקח דמי המכירה בודאי לא נקנה השני דקלים להלוקח כלל כיון דאין להמוכר הדקלים והוה לכאורה כדבר שלא בא לעולם אלא מחמת שמצוי לקנות דקלים הוי כמו דבר שברשותו עיין ברב אלפס שם בב"ב ועיין בט"ז בחו"מ (סימן רע"ז סעיף ד') בד"ה בהמוכר בעין יפה מוכר וכו' · לפ"ז אם לא קיבל המוכר דמי המכירה מידי הלוקח אינו נקנה כלל כדאמרינן בבא מציעא (דף ס"ג ע"א) אמר רבא ש"מ מדרבי אושעיא תלת ש"מ דמעמידין מלוה על גבי פירות ולא אמרינן דלא כאיסרו הכא לידו הוא וש"מ הוא דיש לו וכו' עכ"ל הגמרא (ובדף ע"ב ע"ב) במשנה שם יצא השער פוסקין ואע"פ שאין לזה יש לזה וכו' עכ"ל המשנה פירש דאע"ג שאין לו כיון דקיבל המוכר מלוקח דמי המכירה ודבר המצוי לקנות שיצא השער אף על פי שאין לו ג"כ מותר דהוה כאילו ברשותו דיכול לקנות המוכר בדמי המכירה שקיבל · אבל גבי מלוה בעינן דוקא שיש לו אף שדבר המצוי לקנות בשוק מ"מ כיון דלא נתן הלוקח להמוכר דמים בעת אינו חשוב כאילו הוא ברשותו דאולי אין לו מעות להמוכר לקנות וכן פסקו בשו"ע יו"ד (סי' קע"ג סעיף א') ועיין שם בש"ך ס"ק ד' וס' קע"ה סעיף א' · לפ"ז גבי האומר לחברו קרקע ודקלים אני מוכר לך וכו' מיירי ע"כ שקיבל המוכר דמי המכירה מהלוקח בעת דאל"כ לא יקנה הדקלים להלוקח כלל וגם הלוקח יכול לחזור כיון דאין להמוכר הדקלים אף שהוא מצוי לקנות אין חשוב כאילו הוא ברשותו כיון דלא נתן לו הדמים בעת וכיון דמיירי שקיבל המוכר דמי המכירה לכן אין הלוקח יכול לחזור אף שמן הסתם איירי במקום שכותבין את השטר מ"מ כיון דאין להמוכר הדקלים אי אפשר לכתוב שטר כדכתבתי · ומשו"ה אינו יכול הלוקח לחזור והוה דומיא דבעה"ב דאינו חוזר כמבואר בגיטין הנ"ל הנ"ל אבל המוכר כיון שהכסף בידו ידו על העליונה והוה דומיא דעני המבואר בגיטין הנ"ל דיכול לחזור כיון שדרך המקום לכתוב שטר ועדיין לא כתבו ואע"פ שכתבתי לעיל באות ה' דהדין המבואר בשו"ע בס' ר"ט גבי פוסק על שער שבשוק וכו' שנובע זאת מהגמרא דגיטין הנ"ל דשם איתא בשו"ע שאם רוצה המוכר לחזור יקבל מי שפרע והכא גבי האומר הרי דקלים אני מוכר לך וכו' לא כתב הרמב"ם שאם המוכר רוצה לחזור יקבל מי שפרע דהרמב"ם אזיל לשיטתו שנסתפק שיהיה שייך מי שפרע בקרקעות או לא · הובא דבריו במשכנות יעקב בחלק ח"מ בס' מ"ו עיין שם ודין מי שפרע

תקנת חכמים היא וזאת ידוע שיד בעל התקנה על התחתונה וכבר כתבתי לעיל מזה בזאת הפרח · לכן כתב הרמב"ם רק בסתמא שאם ירצה המוכר לחזור הרשות בידו ולא כתב שיקבל מי שפרע · ולפי דברינו יבונה דברי הראב"ד מה שחלק על הרמב"ם דס"ל שגם המוכר אינו יכול לחזור באיזה סברא פליגא · ולפי מה שכתבנו ניחא דהראב"ד היה קשה לו מפני מה המוכר יכול להזור והלוקח אינו יכול לחזור דלא נוכל לתרץ לפי דברי הגמרא בגיטין הנ"ל כמו שכתבתי דהראב"ד אזיל לשיטתו שפירש הגמרא דגיטין הנ"ל שלא כדברי רש"י עיין בחידושי הר"ן שם ד"ה לא שנו וכו' שהביא פירש הראב"ד ולכן סובר הראב"ד דכיון שקיבל המוכר דמי המכירה מהלוקח גמר ומשעבד נפשו והתחייב המוכר א"ע לקנות עבור הלוקח שני דקלים כמו שכתב התוספות בבכורות (דף י"ח ע"ב) ד"ה אקנויי דמהמת דניחא ליה לבעה"ב דלתעבד מלוה בממונו אקנויי אקני מקום לרועה בחצירו המבואר בגמרא שם וכתבו התוס' שם הא לא עשה הרועה שום קנין בחצירו של בעל הבית · ונראה להו דבעל הבית גמר ומשעבד נפשו והקנה מקום בחצירו להרועה וכ"ש שנוכל לומר כשקיבל המוכר דמי המכירה מהלוקח דגמר ומשעבד נפשו והתחייב א"ע לקנות הדקלים עבור הלוקח כי היכי דלא לקרא גזלנא עיין בב"מ (דף ס"ז ע"א) שמבואר שם זאת הסברא · וגם הכא אסור לבטל כיסו של חבירו כמבואר בח"מ (ס' רל"ב סעיף ז') ברמ"א ועיין שם בש"ך בס"ק ט"ו ובירושלמי פרק איזהו נשך לכן סבירא ליה להראב"ד דמטעם זה אין הלוקח יכול לחזור · וכיון שאין לנו טעם אחר מוכרחין אנו לומר שגם המוכר אינו יכול לחזור כיון שגמר ומשעבד נפשו · וכ"ת אמאי לא השיג הראב"ד על הרמב"ם בפ' כ"ב מהלכות מכירה הלכה ג' דגם שם כתב הרמב"ם שהמוכר יכול לחזור והתם מיירי ג"כ שקיבל המוכר דמי המכירה דאל"כ לא היה נקנה כדכתבתי נעיל דבדבר המצוי לקנות אינו חשוב כאילו הוא ברשותו רק כשקיבל המוכר דמי המכירה · ואמאי לא השיג הראב"ד עליו ולפלוג שגם המוכר אינו יכול לחזור דכיון דקיבל המוכר דמי המכירה גמר ומשעבד נפשו כמו דס"ל גבי דקלים · די"ל דס"ל להראב"ד דכמו שעקרו חכמים קנין מעות אף שהוא קונה מן התורה בכל מקום מ"מ מפני החשש שמא יאמר נשרפו חטיך עקרו חכמים קנין מעות ה"נ גבי פוסק על שער שבשוק וכו' אף שהמוכר גמר ומשעבד נפשו לקנות עבור הלוקח מ"מ כיון דיש חשש אם לא יוכל לחזור המוכר שמא יאמר להלוקח נשרפו חיטך כדכתבתי לעיל באות ה' לכן עקרו חכמים החיוב מן המוכר שיהיה ידו על העליונה כדס"ל לר"ש בב"מ (דף מ"ז ע"ב) דכל שהכסף בידו ידו על העליונה כדי שיליל המוכר אם יפול דליקה · ואף דפסקינן כרבנן דר"ש דס"ל התם שגם הלוקח יכול לחזור כדי שיליל המוכר טפי אי אמרינן דגם הלוקח יכול לחזור כמבואר בגמרא שם עיין שם ברש"י · מ"מ הכא די לנו אי אמרינן דהמוכר לבד יכול לחזור כיון דבמלתא דלא שכיחה לא עקרו חכמים הקנין מעות כדאיתא בקדושין (דף כ"ח ע"ב) ה"ק יש דמים שהם כחליפין כיצד החליף דמי שור בפרה או דמי חמור בשור מ"ט סבר לה כר"י דאמר דבר תורה מעות קונות ומה טעם אמרו משיכה קונה גזירה שמא יאמר נשרפו חיטך בעליה מילתא דשכיח גזרו בה רבנן מילתא דלא שכיח לא גזרו בה רבנן וכו' עכ"ל הגמרא וכה"ג איתא בב"מ (דף מ"ו ע"ב) וכן פסקו בח"מ (סי' קנ"ט סעיף ב') וה"נ גבי פוסק על שער שבשוק לא שכיח כ"כ שיתן הלוקח להמוכר הדמים קודם שיש לו הפירות · לכן די אם לעקור הקנין דגמר ומשעבד נפשו לגבי המוכר בלבד וכיוצא בזה מצינו סברות כאילו ואציגה לך אך אחת מהם עיין בט"ז בחו"מ (ס' רט"ז על סעיף ד') :

ומה שהביא שם עוד הקצה"ח בס' ס' הנ"ל משיעבוד דאקני דע"כ לא איפלגי הפוסקים אם יכול לחזור משיעבוד דאקני הוא רק נגד לקוחות אבל היורשין מחויבין לשלם גם מהנכסים שקנה אחר שלוה וגם לא בעינן נגד יורשין שנכתוב דאקני דאף אם לא כתב ג"כ גובה מן היורשין · לפ"ז ה"נ אם התחייב ליתן לו הפירות דקל כשיבא לעולם אף אם מת לא פקע שיעבודא ומחויבין היורשין ליתן דלא כסברת האו"ת ע"כ תורף דבריו עיי"ש : והנכי איני מבין דבריו כלל וכלל · דבשלמא התם גבי שיעבוד דאקני אינו יכול לחזור נגד היורשים וגם לא אמרינן כיון דמת פקע שיעבודו דכיון דהחיוב שהיה מחויב אביהם לשלם להמלוה לא יוכל להזור להפטר ממנו בשום ענין ואופן עד שישלם המעות שלוה ולא שייך בזה לומר כיון שמת פקע שיעבודא דהא איתא בכמה דוכתא בש"ס ובפוסקים דמחויבין היורשים לשלם חוב של אביהם מהקרקעות שהניח להם אביהם · זאת ועוד אחרת כיון דכבר קני אביהם הקרקעות נגמרה שיעבודו של המלוה על הקרקעות בעת שקנה לכן לא אמרינן כיון שמת פקע שיעבודו · משא"כ כשהתחייב ליתן פירות דקל כשיבא לעולם עדיין לא נגמר חיובו עד שיבא הפירות דקל כדכתבתי לעיל באות ד' ולכן כיון שמת אמרינן דפקע שיעבודו כסברת האו"ת כיון דלא נגמר חיובו ואף אם שיעבד הנכסים על זה גם השיעבוד נכסים לא נגמרה עד שיבא הפירות דקל לעולם כדכתבתי לעיל באות ד' וגדולה מזה נ"ל שלא שיעבד נכסים ע"ז אם לא יתן אף אם התחייב א"ע ליתן הפירות דקל :

פרח ד אות י

אף שכתב המרי"ט בס' פ"א בחלק שני אם באת לומר שיהיה חיוב על תנאי שלא יתחייב באחריות דס"ל תרתי דסתרין אהדדי וזה הוא תנאי ומעשה בדבר אחד כדאמרינן בפרק מי שאחזו ע"מ שתחזירי לי את הנייר אי לאו דמוקמי לה כרבי דאמר כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי אבל אם אמר ע"מ שיהא הנייר שלי מעכשיו לאו כלום היא · ואי קשיא מהך דאמרינן פרק בתרא דמנחות (דף ק"ט ע"א) אשא דתנן הרי עלי עולה שאקריבנה במקדש ואם הקריבה בבית חוניו יצא ופרכינן בגמרא יצא והא קטל קטלה אמר רב הונא נעשה כאומר הרי עלי עולה ע"מ שלא אתחייב באחריותה הרי כאן דמני להתחייב ע"מ שלא להתחייב באחריותה ואע"ג דאמר הרי עלי חיוב כמו ששנינו בפ"ק דקנים איזהו נדבה הרי עלי עולה נדר הרי זו עולה מה בין נדרים לנדבות שהנדרים מתו או נגנבו חייב באחריותן וגראה לתרץ וכו' עכ"ל ולפי דברי המרי"ט אינו יכול להתחייב אם לא יחייב באחריותה וה"נ כאן שהתחייב ליתן הפירות דקל התחייב באחריותה ג"כ כיון דלא אפשר חיוב בלא אחריות · אך זה שנים כבירים נתקשיתי בדברי המרי"ט מהך דאמרינן פרק קמא דר"ה (דף ו' ע"א) אמר רבא משכחת לה כגון דאמר הרי עלי עולה ע"מ שאין חייב באחריותה וכו' עכ"ל הגמרא הרי דמצינו שיש חיוב על הגוף אף שלא נתחייב באחריותה כפי שמדמה מהרי"ט חיוב לאומר הרי עלי ודכרינא שאמר לי בני הגאון זצ"ל שהקושיא זו כתובה בקצה"ח ומתרץ זאת וגם שמעתי מפיו תירוץ על קושיות מהרי"ט מהך דמנחות אך מחמת שאיני זוכר הדברים כפי מה שאמר ע"כ לא רציתי לכותבה · אך יהיה האיך שיהי' אף אם יתורץ שלא יהי' קשיא על המרי"ט מהך דר"ה הנ"ל מ"מ נלענ"ד שאם התחייב ליתן לחבירו פירות דקל כשיבא לעולם אינו מחויב באחריותם כיון דאי אפשר להיות נקנה הפירות דקל כשיבא לעולם כי אם בלשון חיוב ולא בשאר קנין דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אף שהתחייב א"ע ליתן מ"מ אינו חייב באחריותן ודמיא למאי דאמרינן בחולין (דף קל"ט ע"א) אמר רב המנוגא הכל מודים בערכין אע"ג דאמר עלי לא מחייב מאי טעמא דלא מיתמר לי' בלא עלי היכי לימא לימא ערכי אמאן לימא ערך פלוני אמאן וכו' עכ"ל הגמרא ופירש"י ע"ז בד"ה דלא מיתמר בלא עלי דלא אפשר למימר הרי זה בלשון ערך דהא עדיין לא קבל חובת ערך עליו ע"כ ה"נ כאן דאין יכול להקנות הפירות דקל כי אם בלשון חיוב אף שהתחייב ליתן לו הפירות דקל מ"מ לא נתחייב באחריותן לפי מה שמדמה מהרי"ט לשון חיוב לאמר הרי עלי כמו שהבאתי לעיל דברי המהרי"ט · ולפ"ז נסתרו קושיות הבואל

בדברי

בדברי המהרי"ט הנ"ל במקומה דקשיא לשואל דכיון דקיי"ל אע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אדם מתחייב בשב"ע מדאמרינן פרק עשרה יוחסין יכיר יכירנו לאחרים נאמן אדם לומר זה בני בכורי ופריך פשיטא מיגו דאי בעי יהבא לי' במתנה מי לא יהיב לי' ומשני שנפלו לו לאחר מכאן ופריך ולר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכיר למה לי וכו' ואם איתא אפילו לרבנן יכיר למה לי הא מצי יהיב לי' בתורת חיוב · ותירץ ע"ז דבשלמא הי שייך קנין בדבר שלא בא לעולם איכא מיגו דהוה מצי למקני להוא נכסי' שעה אחת קודם מיתתו ואם אבדו אח"כ או פחתו פחתו למקבל · אבל אם בא להתחייב בתורת חיוב היינו שמתחייב בהם כשיבא לעולם וכדי שיחול החיוב על גופו צ"ל דמשבא לעולם משתעבד בהם שעתה שיהיה באחריותו עד שיתנם · ואם אבדו יפרוע לו ממקום אחר · ונמצא בנו הבני מפסיד · שאם אי אתה אומר כן אלא שמתחייב לתתם בידו כשיבא לעולם ולא יהיה באחריותו א"כ לא חל החיוב על גופו כלל והוה ליה כקנין דברים כמו שקנו מידו להלוק כדאמרינן בריש בתרא · ולפי מה שכתבתי רא' מהולין הנ"ל יכול להתחייב גופו לאיזה דבר אף אם לא יהי' חייב באחריותו · וגם מוכח משם לפי מה שמדמה מהרי"ט לשון חיוב לאומר עלי דאם שהתחייב א"ע ליתן דבר שלא בא לעולם אינו מחויב באחריותן כדכתבתי לעיל ולפ"ז קמה קושיות השואל במקומה · וראיתי להאו"ת בס' סמך בס"ק י"א שתירץ וכתב שלא קשה מידי דאם הוא אין לו רק מטלטלים ואם אומר בלשון חיוב הרי עליו רק חיוב בעלמא והרי הוא כבעל חוב דעלמא וא"כ אם ימות לא יתנו לו יורשים דבר דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי לב"ח · משא"כ באומר שהוא בכור · וקושיית הגמרא ממתנה הוא במקרקע ומטלטלין והא לא קשיא דהרי יכול לשעבד לו מטלטלין אגב מקרקעי דהתורה דברה בכל אדם ואפילו לית לי' קרקע כדמשנינן בגמרא בכמה דוכתא ודבריו הקדושים אנכי איני מבין כלל דהא אם התחייב ליתן איזה חפץ להברי' הוא מחויב ליתן החפץ דוקא כדמשמע מדבריו בס"ק י' וגם מקצות החושן בס' זה בס"ק ז' כתב בהדי' דמחויב ליתן החיטין או הפירות דקל שנתחייב דוקא רק אם אין לו החיטין או הפירות דקל נשתעבדו הנכסים שלו לשלם דמי שויין של החיטין או הפירות דקל · וגם אי אפשר לומר באופן אחר כיון דמחויב ליתן הדבר שנתחייב אם יש לו ואינו יכול ליתן לו דמי שווין ועיין בב"מ (דף מ"ה ע"ב) אלא אי אמרת האי נקנה כסף בכל מקום שהוא נתחייב גברא מיבעי לי' אמר רב אבי לעולם בדמים ומאי בכל מקום שהוא כמו שהוא כדאמר לי' או אמר לי' מארנקי הדשה יהיבנא לך לא מצי יהיב לי' מארנקי ישנה אע"ג דעדיפא מנייהו מ"ט דא"ל ליבנן קא בעינא להו ועיין בחו"מ סימן ר"ג סעיף ד' ועיין בס' ק"ח סעיף ו' דמחוייב ליתן הדבר שהתנה ועיין בקצה"ח בס' ק"ח ס"ק ה' ועיין בב"ק (דף ל"ג ע"א) איתמר המלוה את חברו על המשכון וכו' וברש"י ובתוס' שם · וכיון שמחויב ליתן לו הדבר שנתחייב דוקא כגון אם נתחייב לו חיטין מחויב ליתן חיטין דוקא מאי שייך בזה לומר מטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבע"ח כיון דהחפץ הוא של המקבל מתנה אף שהוא ברשות הנותן הוה כמו שהפקיד שמקבל מתנה אותו החפץ ביד אביהן ומחויבין היורשין להחזיר החפץ שהופקד אצל אביהן כידוע לכל · ומה שאמרינן דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח היינו שיש לבע"ח רק שיעבוד בעלמא על המטלטלין ואם יש להיורשין מעות יוכלו לסלק לו במעות בזה אמרינן דמטלטלי דיתמי לא משתעבד לבע"ח וגם שאר דברי' של האו"ת אינם מובנים לי מכבר כן מונח ברעיוני ולא רציתי להאריך בזה · אך הקושיא זו שהקשו גדולי חקרי לב על הגמרא דקדושין הנ"ל יש לתרץ על פי מה שכתב האו"ת בס"ק הקודם · דאם מתחייב ליתן לו דבר שלא בא לעולם ומת קודם שבא לעולם אמרינן כיון דמת פקע שיעבודו ואינו מחויבים היורשים ליתן לו · ומה שהשיג עליו הקצות החושן כבר ישבתי לעיל · ולפ"ז לא קשה כלל דיכול להתחייב א"ע ליתן להבכור שהוא אומר ליתן לו שליש נכסי' ולמה לי' לכתוב רחמנא יכיר הא כיון דמת פקע שיעבודו ואינם מחויבין היורשין ליתן להבכור שהוא אומר שליש נכסים להכי אצטריך לכתוב רחמנא יכיר · וכמדומה לי שראיתי בספר שער המלך שתירץ הקושיא הזאת בשגגון זה דכיון שמת פקע שיעבודו א"כ לפ"ז יש ראי' מגמרא קידושין הנ"ל לסברת האו"ת דאמרינן כיון דמת פקע שיעבודו · וראיתי לבעל נתיבות המשפט שם בס"ק י' שהשיג על קצות החושן על מה שהקשה על האו"ת שמתוס' כתובות ר"פ אע"פ מוכח דלא אמרינן כיון דמת פקע שיעבודו וכתב על זה · אבל באמת לא קרב זא"ז דהם כיון דחייב עצמו בדמים או אפילו פירות המצוין בכל דבר המצוי בשוק כדבר בידו דמי ואנן ידעינן כגון ליטרות כסף החיוב חל תיכף על גופו לשלם רק דהוי כלא הגיע הזמן פרעון עד הזמן שקבע דהא אי אפשר לסלק חובו מעל גופו כלל ואם התחייב א"ע בדבר ידוע שאינו שלו ואומר אם לא אתן לך דבר פלוני הנני מתחייב בדמים כך וכך כו' ע"כ · דלפי דברינו דאף במתנה אמרינן כן דאם התחייב א"ע בדבר המצוי לקנות הוה כמו ברשותו ועיין בדבריו שכתב זאת בהדיא · ולנפענ"ד דהא דמבואר בס' ר"ע סעיף ד' דדבר המצוי לקנות הוה כמו ברשותו · היינו דוקא במכירה אמרינן כן וגם התם בעינן שיקבל המוכר דמי המכירה מיד הלוקח אז אמרינן כיון דיש לו מעות והוא מצוי לקנות הוה כאילו ברשותו אבל המתחייב א"ע ליתן איזה דבר המצוי לקנות · בזה לא אמרינן כיון דמצוי לקנות הוה כאילו ברשותו דאילו אין לו מעות להנותן לקנות הדבר שהתחייב כדאיתא בב"מ (דף ס"ג ע"א) אמר רבא ב"מ מדרבי הושעיא תלת ב"מ דמעמידין מלוה על גבי פירות ולא אמרינן דלא כאיסרו שבא לידו הוא · וש"מ הואיל דיש לו וכו' · עכ"ל הגמרא ועיין שם (בדף ע"ב ע"ב) במשנה יצא השער פוסקין ואע"פ שאין לזה יש לזה וכו' עכ"ל המשנה · וכן פסקו ביו"ד ס' קס"ג בסעיף א' ועיין שם ובש"ך ס"ק ד' ובס' קע"ה סעיף א' הרי מוכח בהדי' הא דפוסקין על השער בשוק בדבר המצוי לקנות היינו דוקא היכי דקיבל המוכר דמי המכירה אז אמרינן דהוה כאילו ברשותו · אבל גבי מתנה לא אמרינן כן · וגם שאר דברי הנתיבות המשפט שם אינם מובנים לי אך כיון שראיתי בריש ס' רי"א שם שהביא בשם הרא"ה שכתב ג"כ כמו שכתב בס' סמך הנ"ל והביא דברי הרא"ה בקיצור ואין ת"י לעיין בדבריו לכן אחדל לכתוב מה שיש על זה ואף שישבתי כל הקושיות שהשיג הקצה"ח על האו"ת בס' סמך הנ"ל · וגם הבאתי ראי' לסברת האו"ת מקדושין דאמרינן כיון דמת פקע חיובו מ"מ נוכל לומר כסברת מהרי"ט שהובא בקצות החושן בס' ק"ב כמו שכתבתי לעיל · דלא יהיה קשיא קושיות הקצות החושן שם עליו דבשיעבוד דאקני בעינן שיחול השיעבוד על גוף הנכסים עיין שם שהביא ראי' לזה ולפי הבנת הקצות החושן בדברי המהרי"ט צ"ל דבשיעבוד דאקני אין השיעבוד רק על גופו שמחויב לשלם מהנכסים שקנה אח"כ אבל לא חל השיעבוד על גוף הנכסים · ואנכי כתבתי לעיל שגם מהרי"ט סובר שהשיעבוד דאקני חל על גוף הנכסים כמו שכתב המהרי"ט שם דלא דמי דבשלמא כשהדבר אינו בעולם שאי אפשר להקנותו בקנין יכול להשתעבד עליו דלכשיבא לעולם יתחייב ליתן לו וכו' עכ"ל המהרי"ט והוא דומה למה שכתב הקצות החושן בהאו"ת בס"ג בס' ס' הנ"ל דאם התחייב ליתן לו חפץ מחוייב ליתן לו וה"נ הוא מתחייב לשלם מהנכסים שקנה אח"כ · וכ"ת הא כתב האו"ת כיון דמת פקע חיובו וגם אנחנו עשינו סמוכים לדבריו ויישבנו השגות הקצות החושן עליו והכא גבי דאקני מחויבין היורשין לשלם וכעין קושיא זו הקשה הקצה"ח בס' ס' ס"ק ז' על האו"ת כבר כתבנו לעיל שני תירוצים ע"ז · ואחד מהם כיון דהנכסים היו ברשות הלוה שקנה הוא בעצמו לכן מחויבין היורשין לשלם · משא"כ גבי דינו של האו"ת מת קודם שבא הדבר לעולם לכן אמרינן כיון שמת פקע חיובו ועיין בדברינו לעיל · גם מה שכתב הקצה"ח אח"כ בס' ק"ב אמנם דע דהאי שיעבודא דאקני באמת לאו דבר הוגה דמדאורייתא אין לנו לחלק בין קנין לשיעבוד אלא הא דשיעבוד דאקני מהני מדברי סופרים

אלא

שלא תנעול דלת בפני לוין וכן כתב רשב"ם להדי' שם (דף קנ"ז) בטעמא של דבר דאקני מהני משום דאלמוה רבנן לשיעבודא כדי שלא תנעול דלת בפני לוין ועיי"ש וכן כתוב בנ"י שם שתקנתא דרבנן וכו' הרי שלא מצאו טעם לחלק אלא מפני תקנה שלא תנעול דלת בפני לוין ע"כ דבריו · זאת אינו ידוע לי כלל דבריו הקדושים שלפי מה שכתב בעצמו בהדי' בתחילת דבריו בס"ק זה שהסוגיא הזאת אזלא אליבא דשמואל ואיהו סבר שיעבודא לאו דאורייתא ומאן דסובר שיעבודא לאו דאורייתא הא דגובה בעל חוב מן הלקוחות אף מן הנכסים שהיה לו בעת שלוה ואח"כ מכר אינו גובה רק מחמת שלא תנעול דלת בפני לוין כדאיתא בכמה מקומות ואחד מהם עיין בפרק גט פשוט (דף קע"ה ע"ב) איתא שם בהדי' בגמרא לפיכך פירש הרשב"ם והנ"י מפני מה גובה בע"ח מנכסים שקנה אח"כ מפני שלא תנעול דלת בפני לוין דבודאי לא עדיפא שיעבוד דאקני מהשיעבוד הנכסים שהיה לו בעת שלוה וגם שם אינו גובה הבע"ח מהנכסים רק מפני שלא תנעול דלת בפני לוין · ומפני זה הטעם אלמוה רבנן לשיעבוד יותר מקנין דאף אם נימא טעם אחרינא דאלמוה רבנן לשיעבוד יותר מקנין מ"מ צריכין אנו לטעמא דלא תנעול דלת בפני לוין · וזה הטעם הוא מספיק וגם מאי דאלמוה רבנן לשיעבוד יותר מקנין לכן כתבו הך טעמא ולא כתבו טעם אחר שמתחילה כתב הרשב"ם טעם אחר דשאני שיעבוד מקנין כתב זאת לרווחא דמילתא · והעיקר הטעם הוא כיון דצריכים אנו לומר למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא ואינו יכול לטרוף מן הלקוחות מצד הדין רק דרבנן תקינו כן משום כדי שלא תנעול דלת בפני לוין זה הטעם ג"כ מספיק אף דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ בע"ח גובה מהם כדי שלא תנעול דלת בפני לוין :

פרח ד אות יא

ומתוך מה שכתבנו אין אנו מבינים מה שכתב הבעל מחנה אפרים בדיני גביות חוב בס' א' איברא דעדיין צריך להבין דנראה מדברי הרשב"ם והנ"י והרא"ש דהטעם דשיעבודא דאקני מהני משום דאלמוה רבנן לשיעבוד דב"ח כדי שלא תנעול דלת בפני לוין · ולפ"ז יראה דבמתנה דלא שייך האי טעמא לא מהני שיעבודא דאקני אפילו בדכתב לי' דאקני וכן הביא הבעל העיטור בשם י"א · ולפ"ז צריך להבין הא דכתב הרמב"ם בפ' כ"א וה"ה שם והטור בסימן הנזכר ואם הנותן קיבל עליו אחריות אז דין מתנה כדין לוקח לענין שבח ופירות כלומר דחולקין המלוה עם המקבל מתנה בשבח · ולפי מה שכתבתי לעיל דהא דנוטל הלוקח בשבח היינו טעמא משום דכתב לו ג"כ דאקני הא לאו הכי לא · א"כ במתנה דלא מהני שיעבודא דאקני איך נוטל המקבל מתנה חצי השבח · ולפי מה שכתבנו הא דכתב הרשב"ם והני הטעם כדי שלא תנעול דלת בפני לוין הוא רק אליבא דשמואל דהוא בעל האיבעיא דהם אי אקני משתעבד או לא ואיהו סובר דשיעבודא לאו דאורייתא · לכן הוצרך הרשב"ם לכתוב הטעם מפני נעילת דלת · אבל למ"ד שיעבודא דאורייתא הא דאקני משתעבד משום דממילא משתעבד כמ"ש התוס' שם (בדף קנ"ז) ד"ה דאקני דאף לר"מ אי לא עבידא דאתי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם והכא אמרינן בגמרא דלר"מ בודאי דאקני משתעבד אף דלא עבידא דאתי משום דהשיעבוד חל ממילא עי"ש · אך בזה הם מחולקים הרשב"ם והתוספות דהתוס' ס"ל דאף לשמואל דס"ל דשיעבודא לאו דאורייתא נוכל לומר דהשיעבוד חל ממילא וכתבתי לעיל דמ"מ שיעבוד הגוף חל ממילא לכן יכול לשיעבוד שיחול השיעבוד על הנכסים עיין בדברינו בזה הספרה באריכות · אבל הרשב"ם סובר דלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא אליביה לא אמרינן כיון שהשיעבוד חל ממילא על גופו יכול לשעבדם גוף הנכסים · אבל למ"ד שיעבודא דאורייתא חל על השיעבוד הגוף הנכסים כשעודן ביד הלוה אפילו מן הנכסים שקנה אח"כ ואף אם אח"כ מכרן הלוה יכול הבע"ח לטרוף מן הלקוחות כיון שכבר הם משועבדים לו · ומה שכתב הקצות החושן ריש סימן קי"ב במוכח מדברי הרמב"ם שהנכסים שקנה אח"כ לא נשתעבדו לבע"ח והבאתיו לעיל · לפענ"ד אין מדברי הרמב"ם ראיה שז"ל הרמב"ם אשר הוכיח מזה הקצות החושן · במה דברים אמורים בקרקעות שהיה לו בעת שהלוה אבל נכסי' שקנה לו לאחר שלוה לא נשתעבדו לבעל חוב ואם הותנו עליו שכל נכסי' שיקנה יהיה משועבדים כו' הרי בע"ח טורף ועיי"ש · ומדכתב הרמב"ם אבל נכסי' שקנה לו לאחר שלוה לא נשתעבדו לבע"ח מזה הוכיח הקצות החושן דלא נשתעבדו הנכסים דאקני אפילו למ"ד שיעבודא דאורייתא דהא הרמב"ם סובר בפ' י"א ממלוה דשיעבודא דאורייתא · ולפענ"ד משם לא איריא ; דהא הרמב"ם לא כתב זאת רק היכא דלא כתב לו שיטרוף מהנכסים דאקני הוה סתמא כפירושן דלא יהיה נשתעבד הנכסים שיקנה אח"כ דאחריות דאקני לאו טעות סופר הוא כדס"ל להרמב"ם בפ' י"א ממלוה ולוה וכן דעת בעל התרומות ושאר פוסקים הובא דבריהם בדברי המחבר בס' קי"ב בסעיף א' אין וכו' ודוקא שפירש לו בפירוש אבל אי לא כתב לו דאקני לא עכ"ל המחבר · וכיון שלא נכתוב אחריות דאקני הוה כאילו הותנו שלא ישתעבדו הנכסים שיקנה אח"כ · אך זהו דוקא כשמכרן אח"כ הנכסים שקנה אחר שלוה אם אמרינן שאגלאי מילתא למפרע כי לא הותנו בפירוש לא נשתעבדו הנכסים הללו אבל כשלא מכר הלוה ועודן בידו חל השיעבוד על גוף הנכסים אף מה שקנה אחר שלוה כיון דשיעבודא דאורייתא והשיעבוד חל ממילא על גוף הנכסים כיון שלא מכרן ועודן בידו · וכ"ת כיון דחל שעבודי ממילא אף על הנכסים שיקנה אחר שלוה או אחר שמכר אמאי לא אמרינן דאקני טעות סופר הוא כיון דשיעבודא חל ממילא על הנכסים · נ"ל דזאת הסברא דשיעבודא חל ממילא על הנכסים שקנה זה סברא אלימתא דהא להפוסקים דס"ל דגם אחריות דאקני הוא טעות סופר כמובא ברמ"א ריש סימן קי"ב עיי"ש · לא דברו הלוקח עם המוכר מאומה מן האחריות דאקני והאיך נשתעבדו הנכסים דבכל מקום שמכניס אדם חפץ שלו לתוך רשות חבירו בקנין או בשיעבוד אינו יכול להכניס אלא א"כ מדברים זה עם זה והכא לא דברו כלום · אלא ודאי דשיעבודא חל ממילא · א"כ אף להפוסקים דס"ל באחריות דאקני לאו טעות סופר מ"מ מודים בזאת הסברא דשיעבודא חל ממילא דאחריות על הנכסים שיש לו לכו"ע · דעל אחריות של נכסים שיש לו בשעה שלוה או שמכר בזה אמרינן דהכל יודעין דלא שדי איניש זוזי בכדי והוה כאילו נכתב בשטר אבל אחריות דאקני בעל זה לא יש חזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי דהלקוחות שקנו מן הנכסים שקנה אחר שלוה או שמכר חושבין דודאי היה לו קרקע בעת שלוה או שמכר דלא שכיח שילוה אם לא יהיה להלוה קרקע כדכתב רש"י בגיטין (דף ל"ז ע"א) ד"ה אלא לקרקע וכו' ואם לא היה לו קרקע הוא יצא מגדר רוב בני אדם ולא שייך על זה לומר דחזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי כיון דהוא יצא מדרך שאר בני אדם לכן לא אמרינן על אחריות דאקני שהוא ט"ס · ומשום דלית ליה קלא אפקינהו רבנן שיעבודייהו מחמת פסידא דלקוחות אבל כשעודן ביד הלוה או המוכר לא הצריכו רבנן לאפקינהו שיעבודן ולכן שיעבודן חל ממילא עליהן :

[גם נראה לי דאפילו למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא ולהפוסקים דפסקו כוותיה ג"כ ניחא מה שטורף המקבל מתנה מהנכסים דאקני מן הלקוחות לפי מה שכתב הב"י בס' רמך הנ"ל בבדק הבית וז"ל ואני אומר דאישתמיטתיה בפ' הני העיר גבי מתנה אי לאו דהוי ליה הנאה מיניה לא הוה יהיב ליה לכן הוה מתנה כזביניה הרי בהדיא דמתנה מכר הוא ומה ענין זה לבע"ח מאוחר שקדם וגבה ותמה על עצמך שהיא תקנת השוק להפקיע כח כל השטר חובות לא נזכר בגמרא ולא בדברי הפוסקים ראשונים ואחרונים זולת הרא"ש שאמרו מאומד הדעת שאין לך אדם שקונה חפץ מחבירו והבו דלא לוסיף עלה הוא דדוקא במכר או במתנה שהיא כמכר אמרה מהטעם הנזכר ולא במקום אחר עכ"ל הרי כתב הב"י

הב"י דגבי מתנה איכא תקנת השוק אף במה שהתקינו הגאונים וכ"ש מה שמוזכר בגמרא דאיכא תקון העולם גבי מכירה דגבי מתנה איכא ג"כ תיקון העולם כדכתב הב"י בס' שמך הנ"ל · והוא כמו דאמרינן בכמה דוכתא בש"ס דלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא טורף מהלקוחות משום תיקון העולם הן בהלואה הן במכירה · ואני אוסיף עוד על דברי הב"י שבודאי במתנה דאיכא אחריות נכסים בודאי המתנה כמכר כיון דחזינן דהתחייב הנותן באחריותן של המתנה בודאי אם לא היה לו הנאה גדולה מהמקבל מתנה לא התחייב באחריותו אף למ"ד בפ' בני העיר דמתנה לא הוה כזביני מ"מ במתנה דאית בה אחריות בודאי ס"ל דמתנה הוה כזביני דודאי היה להנותן הנאה גדולה מהמקבל כיון שנתן לו ואיכא תיקון העולם] ומה שכתב עוד בשם הבעל מחנה אפרים דלפי דברי הרמב"ן נראה דס"ל דשיעבודא דאקני לא משום תקנה מטו בה אלא טעמא הוא משום דכל שיעבוד דאקני הוא משעבד נפשו ונעשה חוב עליו וגופו איתא בעולם ומשו"ה ס"ל להרמב"ן דשיעבודא דאקני אינו יכול לחזור כמ"ש בפ' חזקת הבתים (דף מ"ד) ולפי דבריו יהיה ניחא דבמתנה אם יכתוב בו אחריות גובה מן הנכסים דאקני כיון דהתחייב א"ע הנותן · ולפענ"ד נ"ל מטעם אחר ניחא לדברי הרמב"ן דבמתנה באחריות גובה אף מן הנכסים דאקני וגם אינו יכול לחזור · לפי מה דסובר הרמב"ן הובא דבריו בח"מ ס' רי"ב בסעיף ג' ברמ"א שאם שייר לעצמו זכות וגם שייר לאיש אחר אמרינן כמו ששייר לעצמו בעין יפה ובאופן המועיל כן שייר לחבירו דודאי על ענין אחד נתכוון והוא תשובת רמב"ן ס' י"ה ועיין שם בש"ך וה"נ כיון דנכתב במתנה אחריות שיכול לגבות הן מהנכסים דקנינא והן מה דעתיד אנא למקני אמרינן כמו שעל הנכסים שקנה מכבר השתעבד גופו וגם נשתעבדו הנכסים להמקבל מתנה כי אין שיעבוד נכסים בלא שיעבוד הגוף כדאמרינן בב"ב (דף קע"ד ע"א) ההוא דיינא דאחתיה למלוה לנכסיה דלוה מקמיה דלתבעיה ללוה סלקיה רב חנן ברי' דרב אבא אמר רבא מאן חכים למעבד כי הא מילתא אי לאו רב חנן ברי' דרב אבא. קסבר נכסי' דבר איניש אינן ערבין יתיה ותנן כו' עכ"ל הגמרא · וכיון דנכסי' דאינש רק ערבין יתיה לפ"ז אינו יכול להיות שיעבוד נכסים בלאו שיעבוד הגוף דמה יהיה נכסין ערבין כיון שאין שום חוב עליו · ולפ"ז אם יש במתנה אחריות שיגבה מהנכסים שיש לו. בודאי נשתעבד גופו על זה כמו כן אמרינן. דאף מה שנכתב שיגבה גם מהנכסים דעתיד למקני. ג"כ השתעבד גופו ע"ז כיון שהוא כללן בבת אחת ולאדם אחד ותוך כדי דיבור בודאי אמרינן בלענין אחד נתכוון עיין בח"מ ס' רפ"א סעיף ז' וברמ"א · ולפי דעתי בזה הכל מודים דודאי אמרינן כיון דשיעבוד לאדם אחד והוא בבת אחת דקנינא ודעתיד אנא למקני בודאי אמרינן דלענין אחד נתכוין כי יש ראיה ברורה מן הגמרא דב"ב (דף קנ"ז ע"ב) ועיין בביאורי הגר"א בס' רי"ב ס"ק ח' ברמז לזה הגמרא · וכ"ת האיך יכול לחול השיעבוד על הנכסים דעתיד למקני י"ל דהרמב"ן סובר דשיעבודא דאורייתא (עיין בש"ך ריש ס' ל"ט שהביא שם דעת הרמב"ן) ובעת שקנה הנותן את הנכסים ממילא נשתעבדו הנכסים הללו · כיון שיש שיעבוד הגוף שמחויב לשלם מן הנכסים הללו כמו שכתבתי לעיל דכיון דכללן הנכסים באחריות הן הנכסים שיש לו והן הנכסים דעתיד למקני בבת אחת ולאדם אחד אמרינן דלענין אחד נתכוון וכמו שיש שיעבוד הגוף על הנכסים שיש לו ג"כ יש שיעבוד הגוף על הנכסים שיקנה וכיון שיש שיעבוד הגוף על הנכסים דעתיד למקני חל שיעבודא ממילא על הנכסים בעת שיקנה · כמ"ש לעיל בזה הפרח בזה סברת התוס' דב"ב (דף קנ"ז) ד"ה דאקני ומשום זה אינו יכול לחזור לשיטת הרמב"ן כיון שנשתעבד גופו לכך · ולפי דברי ביאורי הגר"א בס' ר"ג ס"ק מ"ב דנראה מדבריו דס"ל להרמב"ן כדעה השניה שהובא ברמ"א בס' זה בסעיף י' דאם הקנה דבר המועיל אם דבר שאינו מועיל אמרינן כמו שהקניין חל על המועיל כמו כן חל על שאינו מועיל דלדבר אחד נתכוין כמ"ש הרמב"ן בתשובתו ס' י"ח והבאתיו לעיל ולפי דברינו כיון שקיבל הנותן אחריות הן הנכסים שיש לו והן הנכסים דעתיד למקני אמרינן דכמו שחל החיוב אחריות על הנכסים שיש לו כמו כן חל החיוב אחריות על הנכסים שעתיד למקני · וכ"ת הא כבר כתבתי לעיל דאם אין הקנין חל בבת אחת כמו גבי מעות ומטלטלין המבואר ברמ"א בס' ר"ג הנ"ל לא אמרינן מיגו דחל על דבר המועיל חל על שאינו מועיל והכא אינו יכול לחול הקנין בבת אחת כיון שאין הנכסים ברשותו והוי כדבר שלא בא לעולם והבאתי לעיל ראיות לזה · וגם לקמן אי"ה אביא ראיות לזה · נראה לי דאמרינן מיגו שחל שיעבוד הגוף על הנכסים שיש לו כן גם כן חל שיעבוד הגוף על הנכסים שאין לו בבא אחת וכיון שיש שיעבוד הגוף אף על הנכסים דעתיד למקני ממילא חל השיעבוד בעת שקנה הנכסים על גוף הנכסים ומשום זה סבירא ליה להרמב"ן דאינו יכול לחזור :

פרח אות יב

ולפי דברינו אלו אין אנו מבינים מה שכתב הקצות החושן בס' ק"ז סעיף ד' ס"ק ז' שתמה על הש"ג שחקר בענין שיעבוד מטלטלין אג"ק ומכרו היורשין מטלטלין אם חייבין לשלם מדינא דגרמי כיון דהשיעבוד הוא מדינא הוי כמו קרקע · והעלה דאפי"ה פטורין היורשין אם מכרו וז"ל והטעם כיון דמדאורייתא אין שיעבוד כלל חל על מטלטלין אפילו אם שיעבדן אגב נאמר דלא שיעבדם אלא בעודן בידו אבל אם מכרם לא · והקשה על זה הקצות החושן שכתב בפשיטות בלי שום ראיה דמדינא דאורייתא אין שיעבוד חל על מטלטלין כששיעבדן באגב דאף דדעת התוס' בפ"ק דב"ק (דף י"א) דאגב לאו דאורייתא מ"מ דעת שארי פוסקים נראה דהוי דאורייתא עיי"ש בדברי קצות החושן כי כתבתי רק תורף דבריו · ולפי הנראה עיקר סמיכתו של קצות החושן על חידושי הר"ן שהביא שם בס' רל"ט דאם שיעבד מטלטלי אגב מקרקע הוה מן התורה כמקרקעי שיכול לגבות מן היורשין · ואני אוסיף עוד להביא פוסקים דקנין אגב הוה מן התורה · דעת התוספות פרק קמא דקדושין (דף כ' ע"א) ד"ה שכן וכו' שקנין אגב הוה מדאורייתא [זאת שמעתי מחותני הגאון מהר"ש זצוק"ל] · וגם נראה לפי ענ"ד שדעת רש"י בגיטין (דף ע"ז ע"ב) ד"ה הרי זו הזקה לקנות שאין המוכר יכול לחזור בו דהשתא קא יהיב לה חצר וגיטה בתוכו ותנן נכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להן אחריות בכסף בשטר ובחזקה עכ"ל רש"י · ואם נימא דקנין אגב הוה רק מדרבנן היכא מגורשת · דהא הקדושין הי' מן התורה והיכא יכול להפקיע הגט שנקנית בקנין אגב שהוא רק מדרבנן לקדושין דאורייתא · וגם מדברי הריטב"א והרשב"א והר"ן שתמה מיהו בפירוש רש"י שהגט נקנה באגב הוא רק מחמת קושיא אחרת עיי"ש בדבריהם · אבל אי לאו הקושיא הוה מפרשי כדפירש רש"י · ולפי הנראה שגם דעתם היינו הרשב"א והריטב"א בחידושיהם לגיטין שם וגם הר"ן בחידושיו לרב אלפס · סוברים דקנין אגב הוה מדאורייתא · ואין לומר דהתם ס"ל וגם רש"י בכללן דקנין אגב הוא רק מדרבנן אפילו הכי היא מתגרשת בגט שנקנה בקנין אגב כדכתב הריטב"א שם (בדף ע"ח) דאף דקנין ד' אמות הוה דרבנן מ"מ אם זרק הגט בתוך ד' אמות שלה מגורשת דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש וה"נ מגורשת בגט שניקנית בקנין אגב אף שהוא מדרבנן · אבל נראה לפי ענ"ד דגבי קנין אגב לא נוכל לומר כן דהא הקשה הרשב"א שם (בדף ע"ז ע"ב) ד"ה ותיזל למה לא הותרו לטלטלו וכדרך שהתירו לקנות לה מקומו (פירוש לדבריו דקשה בין לפירש רש"י שהגט היה נקנה בקנין אגב · או מחמת טעם אחר לפי מה שפירשו המה · והתירו לקנות המקום שהגט מונח בתוכו מפני מה לא הותרו לטלטל הגט אף שהוא מוקצה ליתן לתוך ידה כיון דאף מה שמקנה לה מקום הגט ג"כ עובר על שבות ע"כ) ואח"כ כתב אפילו תאמר שהיה רשות הרבים מפסקת בין הבעל מהגט במקום הנחתו יתננו לה על ידי שליח בהא נמי איכא למימר דניחא להו. כיפי

למסור קנין כי האי דמחזי כנוטל את ביתו לשומרו ואל יתירו לו טלטולו של גט להדיא· אבל היכא דלא אפשר אלא בהכי כגון דמנה ברשות שאינו של שניהם והלה המופקד אצלו אינו רוצה להשאיל לה מקומו מיהו צריכה לה לטלטולה ולמיהביה נהליה ע"י שליח וכן אמרו משמיה של ר"ש ז"ל עכ"ל הרשב"א· ואם נימא דלפי פירוש רש"י דמגורשת הוא מחמת דנקנה הגט בקנין אגב אף שהוא מדרבנן דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ישאר הקושיא במקומה למה לא התירו לטלטל הגט ולא יצטרכו חכמים להפקיע קדושי תורה דבכל מקום לא הפקיעו חכמים קדושי תורה רק היכי שאי אפשר בענין אחר· ולפ"ז הכא כיון דאף אם לא יתירו לטלטל הגט עובר ג"כ על שבות שקונה קנין בשבת אך שזה השבות קל מעט משבות טילטול הגט משום זה ודאי אין מן הנכון שמחמת קולת השבות מעט יפקיעו קדושי תורה· ולפי הנראה מצד הסברא שיותר עדיף לעבור על שבות החמור ולא להפקיע קדושי תורה משלא יעבור על שבות כלל ויפקיע קדושי תורה· ואף שהריטב"א בחידושיו שם הקשה ג"כ קושיות הרשב"א הנ"ל ותירץ על זה אפשר לומר שלא רצו להתיר טילטול הגט שהוא קודם הגירושין ושמא בין טילטול לנתינה ימות ונמצא שטלטל את הגט שלא לצורך והלכך לא רצו להתיר אלא בענין שהקנין והגירושין באין כאחד עכ"ל הריטב"א· מ"מ גם לפי תירץ הריטב"א ג"כ אין מהנכון שיפקיעו חכמים קדושי תורה שיהיה מתגרשת בגט שנקנית בקנין אגב אם נימא שהוא מדרבנן דהא איתא בגיטין (דף כ"ח ע"א) המביא גט והניחו זקן או חולה נותן לה בחזקת שהוא קיים עיי"ש במשנה שמבואר שם שלכל הדינים אמרינן שהוא קיים· ולפ"ז צריך להבין תירוצו של הריטב"א אמאי לא התירו לטלטל הגט· וצריכין אנו לומר אף שמצד הדין לא חיישינן שימות בנתיים· מ"מ כיון דבין כך ובין כך יעבור על שבות דרבנן אמרו חכמים שיעבור על שבות דקונה קנין בשבת דהא ליכא החשש רחוקה דמיתה וזה בודאי אינו עולה על הדעת שמחמת חשש רחוקה דמיתה דלמא ימות בנתיים דמצד הדין לא חיישינן לזה יפקיעו חכמים קדושי תורה והיה להם לעמוד על דין תורה שלא חיישינן למיתה ויתירו לה לטלטל הגט כיון דבין כך ובין כך יעבור על איסור דרבנן· ולפ"ז קמה קושית הרשב"א על פירש רש"י אם נימא דקניין אגב הוא רק מדרבנן אמאי לא התירו לטלטל הגט ולפ"ז היה להם להקשות הרשב"א והריטב"א על פירש רש"י אמאי לא התירו לו לטלטל הגט ומדלא הקשו כן נראה שרש"י והרשב"א והריטב"א והר"ן סוברים דקנין אגב הוא מן התורה :

פרח ד אות יג

וכן נראה בהדיא מדברי התוס' ב"ק (דף ק"ד ע"ב) ד"ה אגב וכו'. ומה שכותבין הרשאה אפילו אותם שאין להם קרקע יש מפרשים משום דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכו' פירוש דהוה כמו שאנו יודעים שיש לו קרקע ואח"כ כתבו והסיא דפרק הזהב (דף מ"ו ושם) גבי היה עומד בגורן דפריך וליקני לו אגב ארעא ומשני דלית ליה ארעא התם מדאורייתא בעינן דאית ליה ארעא דאי לית ליה ארעא לא היה קונין מעותיו מדאורייתא שיוכל לפדות בהם פירות מעשר שני אבל וכו' עכ"ל התוספות· ומדבריהם האלו מוכח בהדיא דס"ל דקנין אגב דאורייתא דלא כמ"ש בב"ק הנ"ל· אך דברי התוספות צריכין להבין דה"ל להתוס' לכתוב בסגנון הזה והסיא דפ' הזהב וכו' דאמרינן שם טעמא דאין בידו מעות הא אם יש בידו מעות ליקני לאידך המעשר שני במסיכה ופריך דהכי עדיף דהוה נכרהה עכ"ל הגמרא שם בקיצור דקשה דלקני ליה המעות בהודאה כמו שקנה רב מרי בר רבא על ידי הודאתו של איסור בפרק מי שמת (דף קמ"ט) אע"פ שהיינו יודעין שלא היה שלו התילה וה"ה בברי מדקנינהו רב מרי אע"ג דלא הוה בר ירושה ובאופן זה הקשו התוס' בב"מ (דף מ"ו) ד"ה ונקנינהו וכו' ולכתוב ע"ז תירוצים דהתם מדאורייתא בעינן שיהא המעות שלו כמ"ש התוס' מילתא בטעמא אבל קנין שעל ידי הודאה הוא רק מדרבנן. ואמאי צריכין התוס' להקשות שיודה לו דאית ליה ארעא ואגבה יקנה המעות הא גם בלא הודאת קרקע ג"כ יכול להקנות המעות עצמם ע"י שיודה שהמה של השני וכעין זה כתבו התוס' ב"ב (דף קמ"ט ע"א) ד"ה ואי וכו' וה"ל הוה יכול איסור להודות שיש לו קרקע כדפרישית לעיל בפרק חזקת הבתים (דף מ"ד) אלא שפיר קאמר לקמן דלקנינהו ניהליה באודיתא שהודה שהמעות עצמן של רב מרי [אך מן הגמרא דב"מ הנ"ל לא נוכל להוכיח דקנין אגב הוא מן התורה דאי הוה מדרבנן מאי פריך הגמרא שיקנה ליה אגב ארעא המעות דלפ"ז יהיה נקנה המעות לחבירו רק מדרבנן והאיך יכול לפדות המעשר שני· ודהכריחא שהראיה הזאת הבאתי כד הווינא טליא ואמרתי זאת לפני הרב הגדול הצדיק המנוח מהורר ר' מנחם מענדיל מ"ן מקאוונא· והשיב לי שנוכל לומר שהבברייתא מיירי בתרומות ומעשרות דרבנן וזאת הסברא נמצא בכמה דוכתא בש"ס ואחד מהם בגיטין (דף ס"ה ע"א)]· וצ"ל לתרץ דברי התוס' דב"ק (דף ק"ד) הנ"ל הקושיא שהקשינו לעיל· אך מקודם אתרץ· דלכאורה קשה אם נאמר דקנין אגב הוא רק מדרבנן כמ"ש התוס' בב"ק הנ"ל ישאר קושיות התוס' בב"מ (דף מ"ו) הנ"ל הא יכול להקנות המעות עצמן ע"י הודאה דלא נוכל לתרץ דמיירי במעשר דאורייתא לכן לא נוכל לפדות ע"י מעות שנקנין לו רק בקנין דרבנן דלפ"ז מאי פריך הגמרא ולקנינהו אגב קרקע הא קנין אגב הוא רק מדרבנן והאיך יוכל לפדות המעשר שני שהוא מדאורייתא· וגם לפי מה שכתב הב"י בא"ע בס' כ"ח והביאו הבית שמואל בס"ק ל"ה דאם אמר לה הרי את מקודשת לי בחוב שיש לי ביד זה במעמד שלשתן הרי זו מקודשת מדאורייתא כי מחמת תקנות חז"ל המעות שלו הוא והיא מקודשת מדאורייתא וכן משמע בהר"ן (דף תקפ"ד) וע"ל מ"ש עכ"ל הב"ש· מ"מ קשה הא יכול להקנות המעות בהודאה ויכול לפדות המעשר שני אף שהוא מדאורייתא כי מחמת תקנת חז"ל הוה המעות שלו אף מן התורה וזה יהיה קשה לכל הדעות אף אם נאמר דקנין אגב הוא מדאורייתא· ונלפענ"ד לתרץ קושיות התוס' דב"מ הנ"ל לפי מאי דאיתא בירושלמי פ"ג דתרומות ה' א' במשנה האומר תרומות הכרי הזה בתוכו ותרומות מעשר זה בתוכו ר"ש אומר קרא שם וחכמים אומרים עד שיאמר בצפונו או בדרומו ואמרינן בגמרא שם ר' יוסי בר בון בשם ר' יוחנן אתיא דר"ש כב"ש כמה דבית שמאי אמרין קדשי מדומעין כן ר"ש אומר קדשי מדומעין ופירש המפרש קדשי מדומעין כפ"ק אמרו תרומות עצמן בכן ש"מ שקדשי מדומעין בערבובן אע"פ שלא סיים להם מקום לפ"ז חכמים דס"ל דאינו מועיל עד שיאמר בצפונו או בדרומו דבעינן שיסיים להן מקום ואמרינן בגמרא שם עוד עד כדין באומר בתוכו אומר בו מהו נשמענה מן הדא מעשר שני שבהפך זה מחולל על המעות הללו ולא קרא לה שם ר"ש אומר קרא לה שם וחכמים אומרים לא עשה ולא כלום עד שיאמר בצפונו או בדרומו הדא אמרה היא תוכו היא בו עכ"ל הירושלמי· וטעמא דחכמים שסוברים דהמעשר שני אינו פדוי עד שיאמר בצפונו או בדרומו משום דבעינן שיהיה מסוים המעשר שני כמו שס"ל גבי תרומה דהא הגמרא מדמה מעשר ותרומה אהדדי וכן מפורש בר"ש פ"ז דמאי במשנה ד' דדמי מעשר לתרומה· ולפ"ז גם המעות שפודה המעשר שני בעינן ג"כ שיסיים לו מקום דהא טעמא דחכמים דבעינן בתרומה שיסיים לו מקום מפרש בירושלמי אחר כך מדכתב רחמנא ונחשב לכם תרומתכם והרמותם מה התורם במסוים אף המשבה במסוים כן הוא גירסת הירושלמי לפי פירש הר"ש שם· ולכאורה מנא ידעינן דבמעשר שני בעינן ג"כ שיהיה מסוים הא התורה לא כתב הסיקש רק לגבי תרומה וצריכין אנו לומר כיון דגילתה רחמנא גבי תרומה ה"ה לכל המתנות להפריש דהוה אהדדי· ולפ"ז גם המעות שפודין המעשר שני כיון שגם המה נתפסו בקדושת מעשר והפירות יצאו לחולין כמו שפסק הרמב"ם בריש פ"ד מהלכות מע"ש וזה מבואר בכמה דוכתא בש"ס דבעינן ג"כ שהמעות שפודין אותן בהן שיסיים להם מקום כיון דגם המה כמו מעשר והרי הוא כשאר מתנות

בשונה לכן ניחא מה שלא הקנה המעות ע"י הודאה דמיירי שיש לו הרבה מעות מונחים בתוך כיס אחד לכן אי אפשר לפדות בהם דצריך לסיים המעות שפודה בהם דאתיא המתניתין כחכמים דבעינן שיסיים לו מקום · וכ"ת האיך נוכל לפדות המעשר שני בהמעות שיקנה לו בחליפין או בקנין אגב כדפריך הגמרא שם הא כיון דמיירי שיש לו מעות הרבה המונח בתוך כיס אחד · די"ל כמ"ש הריטב"א בקדושין (דף כ"ז ע"א) ד"ה וקשיא להו וכו' והיכא דקשיא ליה האיך לא סיים מקום למעשרות אלו דהא תנן האומר תרומת כרי זה בתוכו תרומות מעשר ראשון בתוכו לא יקרא שם עד שיאמרו בצפונו או בדרומו · והיכא למימר דכי בעינן סיום מקום הני מילי למאן דלית ליה ברירה: אבל רבן גמליאל סבר יש ברירה וכשאוכל ומשייר שיעור מעשר אמרינן הוברר הדבר למפרע. בזהו מה שבספרים דיקא נמי דקאמר שאני עתיד למוד וכו' עכ"ל הריטב"א · ולפ"ז ניחא דפריך הגמרא ולקנינהו אגב קרקע המעות · מה שיברור כשיבא לביתו שיהיה פדיון למעשר שני שפדה בגורן · ולפ"ז הוי כמו שסיים המעות למאן דאית ליה ברירה אבל להקנות המעות בהודאה לא נוכל לומר שהמעות שיברור כשיבא לביתו שיהיה עבור פדיון יהיה נקנה לו בהודאה דהא קנין הודאה הוא שהודה שמכבר המעות הוא של חבירו ובזה האופן נקנה המעות לחבירו והאיך שייך לומר בלשון להבא שיקנה לו בהודאה מה שיברור אח"כ וא"ב דזה לא מצינו בשום מקום שיקנה בהודאה בלשון להבא · לכן לא היה יכול להקנות בהודאה המעות דהוה כמו שלא סיים ואינו יכול לפדות בהם כמו שכתבתי לכן פריך הגמרא ולקנינהו אגב קרקע · וכ"ת היכי מוכיח הגמרא במה שלא הקנה בחליפין דאין מטבע נקנה בחליפין דילמא אתא המתניתין דגורן כהך תנא דלית ליה ברירה ולפ"ז לא הוה כמו שסיים המעות אם יש לו מעות הרבה ואינו יכול לפדות בהם המעשר שני · ומשו"ה הוצרך המתניתין דגורן שיקנה הפירות לחבירו כי בהמעות אי אפשר לפדות אף שיכול להקנות בחליפין · די"ל דהוכחת הגמרא כך הוא · דהא המתניתין דגורן בסתם מתניא ובכל מקום אמרינן דסתם מתניתין אתיא כר' מאיר ור"מ ס"ל דיש ברירה כידוע · זאת ועוד אחרת קאמינא דמוכח מהמתניתין דגורן דאיתא כר"מ דבמשנה איתא בזה הלשון היה עומד בגורן ואין בידו מעות אומר לחבירו הרי פירות הללו נתונין לך במתנה וכו' עכ"ל המשנה שם ומקודם בזה המשנה איתא בזה הלשון ופדי לך מעשר זה דלאחורה צריכין להבין מאי שינה המשנה בלשונה דגם בסופה הל' לומר הרי המעשר הללו נתונין לך במתנה ולמה החליף המשנה הלשון מעשר ונקטה פירות · לכן נראה דמשו"ה שינה בלשונה דשנוי אליבא דר"מ דס"ל לר"מ דמעשר ממון גבוה והאיך יכול ליתן במתנה כדאמרינן בקדושין (דף נ"ד ע"ב) על משנה אחרת אילימא דר"מ היא מי מצי יהיב לה במתנה והאמר מעשר ממון גבוה הוא ומסיק הגמרא א"כ דנוכל לומר דאתיא כר"מ וכגון דיהיב ניהליה בטיבלא וקסבר מתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמיין ופירש"י על זה בד"ה וקסבר וכו' כל זמן שלא הורם להו ממון גבוה הוא דאין שם מעשר עליו כלום עכ"ל · ולפ"ז נוכל לומר הא דשינה המשנה בלשונה ונקטא הרי פירות הללו וכו' דאתיא כר"מ ור"מ ס"ל דמעשר ממון גבוה והאיך יכול ליתן במתנה אלא ודאי מיירי אליביה דיהיב ניהליה בטיבלא ומשום זה יכול ליתן במתנה וכדי שיהיה ידוע לנו שמיירי באופן זה שינה בלשונה ונקטא פירות שעדיין לא קרא לה שם שעל זה לא נופל הלשון מעשר שפיר · וכ"ת דזה דוחק לומר דמיירי מתניתין דיהיב ליה בעודן בטיבלן דהא משמע מהמשנה שפדה הפירות כמו שהוא והא עדיין לא חל עליו שם מעשר והאיך יכול לפדות דהא לא פירש המשנה שאח"כ קרא לה שם מעשר · ולפענ"ד דאין זה דוחק כלל דאדרבה מוכח מן הירושלמי דמיירי באופן זה דאיתא שם בגמרא שקודם המשנה הזה הפודה מעשר שני שלו מוסיף עליו חמישיתו בין שהוא שלו בין שניתן לו במתנה מתניתין ר"מ היא דר"מ אמר אין מתנה כמכר פירש דאף דס"ל לר"מ דאסור למכור מע"ש מ"מ מודה

דמותר ליתן במתנה דאין מתנה כמכר דבריש מסכתא מעשר שני מצריכין בגמרא שם לכל מילי דס"ל לר"מ דאסור המעשר שני בכל פרט קרא. אצטריכא שמוכח מיניה שאסור ובמתנה אין לנו קרא לאסור ועיין לעיל בכפתור שני שהארכתי בביאור דברי הירושלמי הנ"ל · ואח"כ איתא בירושלמי אמר ר' יונה דברי הכל היא הפתר בפירות שהן טבולין למעשר פירוש דר' יונה אמר דלעולם המתנה אסור כמו שאסור למכור לר"מ ואפילו הכי אתיא מתניתין כדברי הכל אף כר"מ דמיירי שנתן לו הפירות שהן טבולין למעשר כמו דמשני הגמרא בקדושין הנ"ל ואח"כ פריך והתנינן הפודה נטע רבעי שלו מוסיף עליו חמישיתו אית לך מימר בפירות שהן טבולין למעשר שני והתנינן לנטע רבעי לא לנטע רבעי עצמו ברם הכא מעשר הוי כופך מימר ופירש המפרש שם והא תנינן בפרק שאחר זה הפודה נטע רבעי וכו' ובין שניתן ליה במתנה והתם כל הפירות נטע רבעי הם ולא שייך שם טבולים לנטע רבעי אית לך למימר כו' בתמיה שהרי דומיא דנטע רבעי אתה צריך לפרושי וכיון דהתם לא מתפרש הכי אף לענין מעשר שני לא מיירי בהכי אלא מה נטע רבעי מיירי בעצמו ה"נ בעצמו ולא בטבולים וה"כ ברם הכא ע"כ הופך לומר כדאמרן דאתיא כר"מ דבענין אחר אי אפשר לפרושי בהוא עצמו יהא מותר ליתן במתנה · ואם נאמר דהמתניתין דהיה עומד בגורן ואין בידו מעות אומר לחבירו פירות הללו נתונין לך במתנה מיירי שנתן לו המעשר במתנה דאם נאמר דנתן לו פירות הטבולין למעשר האיך יכול לפדות דהא לא מבואר במשנה שאח"כ קרא לה שם מעשר פירות הללו שנתן לו במתנה · ומאי דנקטה המשנה פירות הוי כמו שנקטה מעשר מאי הוצרך להוכיח הגמרא שם דלא נוכל לומר דהמתניתין שאיתא קודם לזה לא מיירי בפירות הטבולין למעשר ונטע רבעי · כמו דשם מיירי בנטע רבעי עצמו ה"נ מיירי במעשר שני עצמו היה ליה להוכיח ממעשר גופה כמו דמיירי המתניתין דהיה עומד בגורן שהיא בגויה אח"כ במעשר עצמו דאל"כ לא יוכל לפדות · ה"נ מיירי המתניתין שקודם לזה היינו הפודה וכו' במעשר עצמו ולא בפירות הטבולין למעשר אלא ודאי המתניתין דהיה עומד בגורן מיירי בפירות הטבולין למעשר לכן הוכיח הגמרא דשם מנטע רבעי · וכ"ת האיך נוכל לומר דהמתניתין דגורן מיירי שנתן לו הפירות הטבולין למעשר הא הוכיח הירושלמי מנטע רבעי וכמו בנטע רבעי בעצמו ה"נ במעשר שני עצמו דזה אינו דמדשינה המשנה בלשונה ונקטא בלשון פירות ולא נקט בלשון מעשר כמו דאיתא קודם לזה בזה המשנה גילתה לנו דמיירי בפירות הטבולין למעשר דעל זה לא נופל הלשון מעשר שפיר דאיתא כר"מ דס"ל מעשר ממון גבוה ואסור ליתן במתנה המעשר עצמו וכיון שהוא כמו במפורש במשנה דהיה עומד בגורן דמיירי בפירות הטבולין למעשר מדשינה בלשונה לכן לא קשה כיון דהוכיח הגמרא דשם בנטע רבעי דמיירי במעשר עצמו דהוכחת הגמרא מנטע רבעי הוא רק אם שנוי במשנה מעשר מיירי במעשר עצמו כמו בנטע רבעי עצמו אבל זאת לא נוכל להוכיח מנטע רבעי שלא יוכל למתניא דמותר לתת במתנה פירות הטבולין למעשר דעל זה אין שום הוכחה מנטע רבעי כמובן · והמתניתין דגורן הוה כמו שבגויה בפירוש דמיירי בפירות הטבולין למעשר ואתיא כר"מ דס"ל דמעשר ממון גבוה הוא ואסור ליתן במתנה המעשר עצמו אך בעודן בטיבלייהו מותר ליתן דקסבר מתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמיין וכיון דאתיא כר"מ ור"מ ס"ל דיש ברירה דבזה ודאי אין סברא לומר דהסתם מתניתין סתם כוותיה בחדא דמעשר ממון גבוה ופליג עליו בחידך דאין ברירה · לפ"ז הוכיח הגמרא שפיר בב"מ הנ"ל דאין מטבע נקנה בחליפין דאל"כ היה יכול להקנות המעות בחליפין ויפדה אח"כ באותן המעות :

וב"ת דלכאי קשה קושית התוספות שהקשו בב"מ (דף מ"ו) הנ"ל דהא יכול להקנות המעות בהודאה · ומה שיישבנו דאם היה מקנה בהודאה לא יוכל לסיים המעות כמו שכתבנו ובשלא סיים המעות אינו יכול לפדות כדהוכחנו לעיל · הא יכול להקנות המעות באופן זה שהמעות המונחים בצפונו או בדרומו

בדרומו מודה אני שהוא של חבירו דזה הוי כמו שהיה כמו ששנויה במשנה פ"ג דתרומות הנ"ל שאם אומר שהתרומה יהיה בצפונו או בדרומו הוי תרומה דהוי כמו שהיה המקום · דיש לומר שהיה ירא להקנות המעות שיפדה בהן המעשר באופן זה שמא יוציאו הבני ביתו מעות המונחים בצפונו או בדרומו חוץ לירושלים וזה אסור כדכתיב בתורה וצרת הכסף בידך וגו' כדפירש רש"י בקידושין (דף כ"ו ע"ב) על הך מעשה דר"ג וזקנים וכו' שר"ג לא תרם ושכח ולא נתן רשות לתרום והיה ממהר לתרום בעודו בספינה שהיה ירא שמא יאכלנו בני אדם ויסמכו עליו וסבורים שתרם שחזקה על חבר שאינו מוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן · מכ"ש הכא מעות שבודאי יכול להיות שיוציאם כיון דעד כעת הם בחזקת שהמעות הוא של חולין · אבל הוכחת הגמרא דאין מטבע נקנה בחליפין מדלא הקנה את המעות בחליפין באופן שכתבתי לעיל שיאמר לו המעות שישנו בבית שאברור מהם לצורך פדיון המעשר יהיה קנוין לך דאם לא יאמר באופן זה לא יוכל לפדות כמ"ש לעיל · ניחא דלא חיישינן שמא יאכלן דמיירי שהמעות מרובין ולא חיישינן שיוציא הכל שלא ישאר אף כדי לפדות הפירות כמ"ש התוס' בקדושין (דף כ"ו ע"ב) ד"ה מעשה כשהפירות מרובים לא חיישינן שיאכלם הכל וה"נ דכוותיה כיון דלא ייחד המעות שפודה בהם רק אמר המעות שאברור כנ"ל והמעות מרובין לא חיישינן להכי [וכ"ת האיך נוכל לומר שמה שלא הקנה לו ע"י הודאה המעות שמונח בצפונו או בדרומו דאולי יוציאום בני ביתו היכי מוכח בגמרא דאין מטבע נקנה בחליפין דאל"כ ה"ל להקנות המעות בחליפין כיון שנוכל להוציאם א"כ הוה כדבר שלא בא לעולם כמ"ש הרמב"ן בריש פ' רביעי על הסוגיא דהתובע לחבירו דמלוה מקרי כדבר שלא בא לעולם כיון דלהוצאה ניתנה וכן כתב השיטה מקובצת שם (דף ק"ד) ועיין בח"מ רי"א סעיף ז' וטעמם משום דמלוה להוצאה נתנה וה"נ גם בפקדון שאינם צרורים וחתומים ג"כ יכול להוציאם ז"א דהא מוכח מהפוסקים שהביא הש"ך (בס' פ"ח ס"ק מ"ז) דמעות של פקדון אפילו אינם צרורין וחתומים ומונחים בביתו של הנפקד אם מודה במקצתן והמה שמונחים בביתו והילך לך פטור מן השבועות התורה דכל היכא דאיתא ברשותיה דמרא איתא מדהקשו הפוסקים הראשונים שהביא הש"ך שם אמאי לא אמרינן דפטור משבועה דאורייתא כשטענו היה מלא מעות יש לי בידך וזה אומר אין לך בידי אלא צרור במסרת לי ואיני יודע כמה הם כי לא מניתים ומה שהגהת אתה נוטל משום הילך דבמשנה ובגמרא בשבועות (דף מ"ב ומ"ג) מבואר דהטעם הוא דפטור משבועה דאורייתא משום דלא הודה בדבר שבמנין ובמשקל הא בלאו הכי פטור משבועה דאורייתא דכיון שהודה הוה הילך אף שאינה נותנה בפני ב"ד דבפקדון אמרינן כל היכי דאיתא ברשותא דמרא איתא והאריכו הראשונים והאחרונים בתירוצים שונים עיי"ש ואם נאמר דהפקדון לא היה צרור וחתום באופן שמותר להוציאם דינם כמלוה וחשיב כדבר שלא בא לעולם אף שהמפות ישנם בעין אינה קשה כלל מה שהקשה דתפיק ליה דפטור משבועה דאורייתא מטעם הילך דמן הסתם מיירי שהמעות שבכיס לא היה צרורין וחתומין לפ"ז מה שהודה לאו הילך הוא כיון דמותר להוציאם הוה כהלואה ובהלואה הדין אם אומר הילך צריך להיות מוכן בידו ליתנם מיד בפני ב"ד כמבואר בשו"ע בריש ס' פ"ז ומדלא תירצו כן הראשונים ז"ל מוכח מדבריהם דאף אם הפקדון אינו צרור וחתום באופן שמותר להשתמש בהם מ"מ קודם שהוציאם כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא לכן הקשו הראשונים ז"ל דבלאו הכי פטור משבועה דאורייתא כיון שהודה הוי הילך · לפ"ז שפיר הוכיח הגמרא דאין מטבע נקנה בחליפין דאף דיכול להיות שיוציאום בני ביתו מ"מ קודם שיוציאום לא אמרינן דהוה כדבר שלא בא לעולם] וכ"ת דלכאורה אכתי לא ניחא מאי דהוכיח הגמרא דאין מטבע נקנה בחליפין דילמא מיירי שאין בביתו מעות מרובים ואם יקנה אותן המעות בחליפין ויפדה בהן אולי יוציאום בני ביתו כדכתב רש"י והתוספות בקדושין (דף כ"ו) וכ"ז דדוקא כשהפירות מרובים לא חיישינן שיאכלו הכל אבל כשהפירות מועטים חיישינן והבאתים לעיל וה"נ דכוותיה · דזה אינו דע"כ מיירי שיש לו מעות מרובים בתוך ביתו דאף אם יוציאו מהמעות בני ביתו לא יוציאו הכל ובודאי ישארו מעות כפי שויא של המעשר שפדה דאי לא תימא הכי הא איתא במשנה שם דאמר לחבירו הרי פירות האלו נתונים לך במתנה חוזר ואומר הרי אלו מחולין על מעות שבבית עכ"ל · ולפ"ז האיך מחללין הפירות על המעות שיש לו בתוך ביתו אולי יוציאום בני ביתו · אלא ודאי מיירי שהמעות מרובים ולהכי לא חיישינן כמ"ש · וכ"ת לעולם נוכל לומר דלא מוכח מן המשנה שהיה המעות מרובין · ומאי דלא חיישינן שמא יוציאום בני ביתו המעות שפדה בהם המעשר דלאחר שיפדה המעשר בהמעות הזה חוזר ואומר שיהיה מחולל המעות על הפירות הזה וילא המעות לחולין · זה אינו דהא מבואר במשנה שנותן הפירות של המעשר לחבירו כדי שלא יצטרך להוסיף חומש ואם יחזור ויאמר המעות שישנו בביתו יהיה מחוללין על הפירות הללו כשירצה לפדות א"כ הפירות יהיה מחויב ליתן חומש כדכתב הרמב"ם בפ' חמישי הלכות מעשר הלכה ג' וז"ל פדה פירות מעשרו והוסיף חומש וחזר ופדה הפדיון לעצמו פעם שניה מוסיף חומש שני על הקרן בלבד ואינו מוסיף חומש על חומש עכ"ל וזה קאי ג"כ אם נתן לו מעשר בטיבליהן במתנה דקאי ג"כ על מה שכתב הרמב"ם שם בס' א' בין שניתן לו במתנה עיי"ש ודו"ק כי קצרתי · ולפ"ז אם ירצה לפדות א"כ יהיה מחויב ליתן חומש ומאי מועיל מה שנתן לו קודם כדי שלא יצטרך ליתן חומש אלא ע"כ מדאיתא במשנה שפודה בהמעות שישנם בביתו מיירי שהם מרובים ולא חיישינן שיוציאנו הכל שלא ישאר המעות שפדה בהם ולפ"ז הוכיח הגמרא דאין מטבע נקנה בחליפין דאל"כ למה לא הקנה המעות לחבירו בחליפין דלא חיישינן שמא יוציאום בני ביתו כיון שמיירי שהמעות מרובים · ולפ"ז ניחא דברי התוס' דב"ק הנ"ל (דף ק"ד) שהקשו על הא דמשני הגמרא דלית ליה ארעא לפי שיטת הי"מ שסוברים שאם יודה שיש לו ארעא הוי כמו שאנו יודעים שיש לו ארעא ויכול להקנות אגב קרקע זה · הא גם בב"מ הנ"ל יכול להודות שיש לו קרקע ויקנה אותה לחבירו ואגבה יקנה המעות שיש לו בביתו לחבירו ויכול לסיים המעות כמ"ש אבל זה לא קשה להם שיקנה ליה המעות שיש לו בביתו על ידי אודיתא דבזה לא יכול לסיים המעות ואין יכול לפדות בהם כמ"ש :

פרח ד אות יד

ובין שישבתי דברי התוס' נכונים וברורים המה ואין שום טעות סופר בדבריהם בב"ק (דף ק"ד) הנ"ל יכולים אנו להביא ראיה מדבריהם שקנין אגב הוא מן התורה עי"ש בדבריהם שכן כתבו בהדיא · ולפ"ז היה נראה לפסוק דקנין אגב הוא מן התורה ואם מכרו היורשין המטלטלין שהשתעבד אביהם אגב מקרקעי חייבין לשלם מדיני דגרמי כיון דהשיעבוד מדינא הוא כמקרקעי דמה שפטר הכה"ג את היורשין כמו שהובא בקצוה"ח בס' ק"ז הנ"ל הוא מחמת שסובר דקנין אגב הוא מדרבנן ולפי מה שכתבתי הוא מן התורה :

אך נראה לי מטעם אחר לפטור את היורשין דכיון דנכלל בהשעבוד שהשתעבד אביהם מטלטלי אגב מקרקעי הן המטלטלין שיש לו הן המטלטלין שעתיד למקני וגם אגב קרקע דעתיד למקני בזה וודאי פטורין היורשין אם מכרו לפי שיטת הרמב"ן בתשובותיו הובא בח"מ ס' רי"ב סעיף ג' ברמ"א והבאתיו לעיל באות הקודם שאם שייר לעצמו זכות וגם שייר לאיש אחר אמרינן כמו ששייר לעצמו בעין יפה ובאופן המועיל כן שייר לחבירו דודאי על ענין אחד נתכוין וכוותיה פסקינן ואף לדברי הש"ך שם אם אמר בלשון המועיל אמרינן דלדבר אחד נתכוין · לפ"ז כ"ש הכא גבי שיעבוד מטלטלי אגב מקרקעי אם נכלל בזה השעבוד גם המטלטלין

המטלטלין

המטלטלין ומקרקעות דעתיד למקני דזה בודאי מה שעתיד לקנות אינו יכול לתפוש בה שום קנין שיעבוד דהא המטלטלין אינו ברשותו · וכ"ת כשיקנה א"כ אז יהיה משועבדים בתורת אגב זה אינו דהא בעינן דברים הנקנים באגב שיהיה נקנים בעת אחת ובבת אחת המטלטלים אגב קרקע שניהם ביחד מכרן בעת לזה כדכתב הש"ך בס' ס"ו ס"ק כ"ח שהשיג גם על הסמ"ע דמדמה כמו שמשעבד מטלטלין אגב קרקע אף המטלטלין שיקנה א"כ כן ג"כ יכול להקנותם אגב קרקע דיקנה אח"כ · וכתב דלא דק דפשיטא דאינו יכול להקנות מה שקנה אח"כ כדאיתא בש"ס ובכל הפוסקים ונתבאר לקמן בסימן ר"ט והא דלעיל ס' ל"ז וס"א שיעבוד שאני דיכול להשתעבד דאקני ולא להקנות כמבואר להדיא חילוק זה בש"ס ובכל הפוסקים אלא כאן דשטר זה בא על הלואה שהלוה כבר הוה אמינא דעדיף כן הוא בריב"ש גם בסימן ר"י ע"ש · אף שכתב הש"ך דהטעם הוא דיכול לשעבד המטלטלים שיקנה אח"כ משום דשיעבוד עדיף יותר מקנין כדכתבו הראשונים והאחרונים על הסוגיא דפ' מי שמת (דף קנ"ז) לענין שיעבוד דאקני · ולפענ"ד נראה טעם אחר כיון דשעבוד מטלטלין אגב מקרקעי · יש להם ג"כ קול שמשועבדים להמלוה וסמך עליהם שאם לא ישלם לו שיגבה כמו שסומך על הקרקעות שיש לו אית ליה קלא שמשועבדים להמלוה כיון ששיעבד מטלטלין אגב מקרקעי וכן כתב הרא"ש בתשובה בכלל פ"ע ויבואר דבריו בדברינו בזה האות לקמן בהדיא שמחמת טעם זה שיעבוד וקנין תרי ענינים הן עיי"ש · לפ"ז אינו יכול להקנות המטלטלין שיקנה אח"כ אגב קרקע אבל יכולים לשעבד מטלטלין אגב מקרקעי וה"נ משעבד המטלטלין שיקנה אח"כ דיכול להיות שיקנה הקרקע קודם שיקנה המטלטלין מה ששעבד אגב מקרקעי ותיכף כשקנה את הקרקע מיד משועבדת לבע"ח ואח"כ כשקנה המטלטלין יוכל לתפוס השעבוד דמטלטלים אגב מקרקע כיון דהקרקעי כבר משועבד ועומד · לפ"ז צריכין אנו לומר מה שמהני השעבוד מטלטלי אגב מקרקעי דעתיד למקני אינה מטעם שום קנין שעבוד כלל רק מחמת קלא כיון דשעבודם אגב קרקעי אית ליה קלא כמו לקרקע כמו שכתבתי לעיל על דברי הש"ך ס' ס"ו הנ"ל · וכעת אבוא ראיה מדברי הרא"ש בתשובה בכלל פ"ע סימן י"ב הובא דבריו בקצות החושן גם שאלה למדתנו רבינו עבדים אין נקנין באגב מי משתעבדי באגב ואפילו אין צרורין בתוכו כו' תשובה יקבל החכם את תשובתו · דע כי עבדים משתעבדי באגב אע"ג דאין נקנין אגב קרקע דשעבוד וקנין תרי ענינים הן קנין מטלטלי אגב מקרקעי מפורש מקרא בפ"ק דקדושין דכתיב ויתן להם אביהם מתנות רבות לכסף ולזהב עם ערים בצורות · ועבדים לא הוי בכלל מטלטלין לענין קנין · והא דמטלטלין משתעבדי אגב קרקעי אינו מטעם זה אלא כיון דשעבדינהו אגב קרקע אית להו קלא כמו לקרקע וכל טריפת לקוחות בקלא תליא מילתא דהו"ל ללקוחות לזהר וכו' עבדים דשיעבדן באגב כו' ע"כ · ולפ"ז השעבוד דמטלטלי אגב מקרקעי דעתיד למקני שטורפין מהלקוחות אינה מחמת שיש שום קנין שעבוד זה אגב זה אלא הוא רק מחמת דאית ליה קלא להמטלטלין וכיון שהמה אינם מחמת שעבוד זה אגב זה גם המטלטלין שיש לו ששיעבדם אגב מקרקעות דאית ליה ג"כ אינו מחמת שיש שום קנין שעבוד זה אגב זה אלא הוא רק כששעבד מטלטלי אגב מקרקעי יש לה קול להמטלטלין משום הכי טורפין מהלקוחות דבודאי לענין אחד נתכוין כמ"ש הרמב"ן שהביא הרמ"א בסימן רי"ב הנ"ל וכ"ש הוא נוהגים · דהכא לא נוכל לומר שיהיה השעבוד מטלטלי אגב מקרקעי דעתיד למקני יהיה נתפס בשעבוד זה אגב זה כמו השיעבוד מטלטלי אגב מקרקעי שיש לו לדבר אחד נתכוון · דזה לא נוכל לומר כן · דודאי השיעבוד מטלטלי אגב מקרקעי דעתיד למקני אינו מחמת שעבוד זה אגב זה אלא הוא רק שיש להמטלטלים קול ששעבדם אגב מקרקע כמ"ש · לכן מוכרחין אנו לומר איפכא לפי דברי הרמב"ן הנ"ל ששניהם הן המטלטלין שיש לו הן המטלטלים דעתיד לקנות הוא רק מחמת קלא דלדבר אחד נתכוון · וגם לפי מה דקיל"ן יד בעל השטר על התחתונה ג"כ מסייעת שיהיה נאמר שלדבר אחד נתכוון שיהיה שניהם מחמת קלא :

וגם איני מבין שאר דברי הקצות החושן גם שכתב להוכיח מתשובת הרא"ש הנ"ל דשעבוד מטלטלי אגב מקרקעי לא ילפינן מקנין מטלטלי אגב קרקע דלא ילפינן שיעבוד מקנין כיון דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ואינו אלא משום קלא וא"כ כיון דבשביל קלא בלבד הוא משמע דאינו מדאורייתא דאי מדאורייתא אין לחלק בין אית ליה קלא או לא אלא מדברי סופרים הוא כיון דאית ליה קלא הוה להו ללקוחות לאזדהר ואינהו דאפסדי אנפשייהו · ואינו מובן לי הוכחה הזאת דהא איתא בכמה דוכתא ואחד מהם בב"ב דף קע"ה ע"ב אמר עולא דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה ע"פ גובה מנכסים משעבדים מ"ט שעבודא דאורייתא ואלא מ"ט אמרו מלוה ע"פ אינו גובה אלא מנכסים בני חורין משום פסידא דלקוחות ופירש רשב"ם על זה שלא יוכלו להיזהר בדבר שאין ידוע לעולם עכ"ל הגמרא ופירושה · ולפ"ז נוכל לומר כיון דבלא"ה אף אם לא שיעבד מטלטלי אגב מקרקע ג"כ גובה מן התורה דשיעבודא דאורייתא · והא דאינו טורף אותם אם לא שיעבדם בפירוש היינו טעמא דעיקר סמיכתו של המלוה היה על הקרקעות ולא על המטלטלין מש"ה אינו טורף אותו · אבל כשגילה דעתו שסמיכתו ג"כ על המטלטלין כגון ששיעבדן בפירוש טורף אותן אף מן התורה · לפ"ז אם שיעבדם בפירוש המטלטלים שמכר גילה בדעתו שסומך עליהן כמו על הקרקעות לכן טורף המטלטלין מהלקוחות כמו שטורף הקרקעות רק שאינו גובה המטלטלין שמכר משום דלית ליה קלא ששיעבדם · ואם שיעבדם מטלטלי אגב מקרקעי אית ליה קלא וגובה מהם כדאמרינן בגמרא בתר הכי גם אי הכי מלוה בשטר נמי התם אינהו דאפסדי אנפשייהו כיון דאית ליה קלא אך אם נכלל בהשעבוד מטלטלין אגב מקרקעי גם המטלטלין דעתיד למקני זה בודאי הוא רק מדרבנן כי אין נתפס שום שעבוד זה אגב זה כמ"ש לכן המטלטלין שיש לו ששיעבדם אמרינן ג"כ הוא רק מחמת קלא דלדבר אחד נתכוון כמ"ש הרמב"ן הנ"ל · ובפרט למאי דקיל"ן שיד בעל השטר על התחתונה לפ"ז הוא רק מדרבנן גובה מן היורשין דמן התורה מטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבע"ח ואם מכרו היורשין פטורין כמ"ש הכנה"ג דלא שיעבדן אלא בעודן בידו אבל אם מכרן לא :

היוצא מדברינו דלפי שיטת הרמב"ן הובא באות י"א הטעם דשעבוד דאקני שאזיל לשיטתיה שסובר בתשובתו בסימן י"ח (הובא ברמ"א בח"מ בס' רי"ב סעיף ג') שאם כלל שני ענינים בבת אחת אמרינן דלדבר אחד נתכוין וה"נ כיון שנכתב אחריות הן הנכסים שיש לו והן הנכסים דעתיד למקני אמרינן כמו שנשתעבד גופו שמחויב לשלם על הנכסים שיש לו כן גם נשתעבד גופו לשלם גם על הנכסים שעתיד לקנות ואח"כ כשקנה חל השעבוד ממילא על גוף הנכסים ביון שיש מכבר שעבוד הגוף שמחויב לשלם מהנכסים שיקנה לכן היה טורף מן הלקוחות שקנו מהנכסים דאקני כיון שיש שעבוד על גוף הנכסים הללו ואף למ"ד שעבודא דרבנן יכול להיות ג"כ זאת ומחמת זה עדיף שעבוד יותר מקנין דיכול לשעבד דשלב"ע כיון דשעבוד חל ממילא עיין בדברינו באות י"א בביאורנו זאת הסברא באריכות וגם דעת התוס' פ' מי שמת (דף קנ"ז) ד"ה דאקני · ג"כ אמרינן דהטעם הוא כיון ששעבוד הגוף חל ממילא שמחויב לשלם מהנכסים שיקנה לכן יוכל לשעבד שיחול שעבוד על גוף הנכסים ומש"ה היה טורף אף מן הלקוחות מהנכסים דאקני ומחמת זה עדיף שעבוד יותר מקנין כיון שיש שעבוד הגוף ממילא על הנכסים דאקני ועיין בדברינו בזה הפרח · ודעת הרשב"ם גם שלמ"ד שעבודא דאורייתא

הטעם שיכול היה לטרוף מן הלקוחות מן הנכסים דאקני משום ששיעבד חל ממילא על גוף הנכסים כשקנה לכן עדיף יותר שעבוד מקנין דאף שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ הכא כיון שהשעבוד חל ממילא חל שעבודם אף על דבר שלא בא לעולם ולמ"ד שיעבודא דרבנן מחמת שלא תנעול דלת בפני לוין אלמוה רבנן לשעבוד שיהיה חל על דבר שלא בא לעולם אף שאינה נקנה בקנין עיין בדברינו ובאות י"ח שם ביארתי דעת הרשב"ם באיזה סברא פליגי ・ ולפ"ז בין לשיטת הרמב"ן בין לשיטת התוס' הנ"ל ובין לשיטת רשב"ם עדיף שיעבוד יותר מקנין דאף דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ כיון שהשעבוד חל ממילא או לדעת רשב"ם למ"ד שיעבודי לאו דאורייתא אלמוה רבנן לשיעבוד שיהיה עדיף מקנין וגם כתבנו לעיל שכן הוא דעת הש"ך בח"מ ס' ר"ט ס"ק ח' וכן הוא דעת הט"ז ס' קי"ב סעיף א' וכן הוא דעת ביאורי הגר"א בס' קי"ב ס"ק ו' ששיעבוד עדיף יותר מקנין עיין בדברינו לעיל ・ ולפ"ז איני מבין מה שכתב הקצה"ח בריש ס' קי"ב דלא עדיף שיעבוד מקנין עיין בדברינו לעיל באות ו' ששם הוא התחלת דברינו וגמר דברינו מבואר משם והלאה בפרח הזה ・ גם הקצות החושן כתב בעצמו בס' ר"ט ס"ק ה' דרמב"ן ס"ל דעדיף שיעבוד לרבנן מקנין לר"מ עי"ש שכן כתב בהדיא ・ וכן כתב הוא בעצמו בס' ס"ו בס"ק ע"ו בשם הרא"ש בתשובה כלל ע"ה דשטר נקנה באגב דמצינו במקום אחר חילוק בין שיעבוד למכר דיותר בקל אדם משעבד נכסיו ממה שמוכרם דקי"ל דאקני משתעבד ומועיל ואינו יכול למכור נכסים שעתיד לקנות ומבואר שם דאפילו בלא כתיבה משתעבד עי"ש ・ ואפילו לשאר דברי הפוסקים והרשב"א מכללן הובא דבריו בש"ך ס' קי"ב ס"ק ב' שהביא ראיה מפ' איזהו נשך דאמר רב הונא במוכר פירות דקל דיכול לחזור בו עד שלא באו לעולם אלמא אע"ג דס"ל לרב הונא כר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ יכול לחזור בו קודם שבאו לעולם הוא הדין בשיעבוד לרבנן דלא עדיף שיעבוד לרבנן מקנין לר"מ ・ מ"מ גם לדבריהם צריכין לומר דלרבנן שיעבוד עדיף יותר מקנין דהא רבנן ס"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואפילו הכי ס"ל דיכול לשעבד דבר שלא בא לעולם :

פרח ד אות טו

היוצא מדברינו שכו"ע ס"ל דשיעבוד עדיף יותר מקנין וכיון שכן מאי מוכיח הגמרא ב"ב (דף קנ"ז) דאקני משתעבד מדבעל חוב גובה את השבח לפי הדעה השניה הובא ברמ"א ס' ר"ג סעיף י' דאם החליף מעות ומטלטלין או מעות וקרקע ביחד דכל הקנין קיים אף דמעות אינו יכול להקנות בק"ס אמרינן מיגו דחל הקנין על דבר המועיל חל נמי הקנין על שאינו מועיל ・ הא נוכל לומר דאקני לא משתעבד ・ והא דבעל חוב גובה את השבח מיירי ששיעבד לו הקרקע שיש לו וגם את השבח שהשביח וכיון דחל השיעבוד על הקרקע חל ג"כ השיעבוד על השבח ・ כיון דבררתי דשיעבוד עדיף יותר מקנין ・ וכדי לתרץ זאת צריכין אנו לומר דאף לפי דעה זו דאמרינן מיגו נקנה הכל היינו היכא שחל הקנין על המועיל ועל דבר שאינו מועיל בבת אחת ובזמן אחד אבל היכא שדבר המועיל נקנה תיכף והדבר שאינו מועיל הוא רק לאחר שלשים יום כו"ע מודים דלא קנה הדבר שאינו מועיל דלא אמרינן מיגו כדכתבתי לעיל באות ד' באריכות ・ לפ"ז הוכיח הגמרא שפיר דאקני משתעבד מדבעל חוב גובה את השבח דלא נוכל לומר דמחמת מיגו חל השיעבוד גם על השבח דהא השבח הוה דבר שלא בא לעולם ואף אי אמרינן מיגו לא חל שיעבוד על השבח מהשתא כמ"ש לעיל באות ד' והוכחתי זאת מדברי השו"ע ס' ק"ד סעיף ו' ועיי"ש בסמ"ע ס"ק י"ט ובש"ך שם ס"ק ע"ו לכן לא אמרינן מיגו שיחול שיעבודו בעת שיבא השבח לעולם כיון שאין שיעבוד שניהם בזמן אחד ובבת אחת

ובעת אביא עוד ראיה ・ ומתחילה נקדים מה שהקשה השער המלך (פ' כ"ב מהל' מכירה בסוף הלכה ה') מב"ב (דף קכ"ז ע"ב) אלא לרבנן יכיר למה לי כו' למיתביה ליה פי שנים לא יהא אלא אחר אילו בעי למיתב ליה במתנה מי לא יהיב ליה ・ לא צריכא בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן ולר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכיר למה לי בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס עכ"ל הגמרא ・ ולפי דעה השניה הנ"ל דאמרינן מיגו אמאי לא פריך לרבנן נמי דיהא נאמן לומר זה בני בכור במיגו דאי בעי מקנה ליה דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם וכבר המרדכי ז"ל הוא בעצמו הקשה בפ' יש נוחלין לדעת רשב"ם דס"ל דבאומר לכשיבאו לעולם לכו"ע קנה מהא דפ' יש נוחלין וא"כ אמאי לא הקשה לו לדעת יש אומרים כן ודוחק לומר דקרא אצטריך להיכא דאין לו נכסים כלל בעין אלא נכסים שיפלו לו לאחר מכאן ・ תו ק"ל מהא דאמרינן פרק יש נוחלין (דף קכ"ד) תניא אין הבכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהם רבי אומר בכור נוטל פי שנים בשבח כו' ואמרינן מ"ט דרבנן אמר קרא לתת לו פי שנים מתנה קרייה רחמנא מה מתנה עד דמטי לידיה כו' ופירש רשב"ם עד דמטי לידיה ונותן אינו יכול ליתן לאחרים דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ・ והשתא אם איתא דכל היכי דמקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם קנה א"כ הן לו יהא דמתנה קרייה רחמנא הא מתנה גופה כל כי האי גונא דבכור דמקנה לו דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם לכו"ע קנה וצ"ע ・ ותירץ ע"ז כמו שכתב הסמ"ע בס' ר"ג ס"ק י"ט ותמך יסודתו על הסמ"ע עיי"ש ・ וכבר בררתי לעיל באות ד' שגם הסמ"ע לא ישר בעיניו זה התירוץ ונוכל לומר דמפני זה שבק הסמ"ע תירוצו מה שתירץ שם דדוקא במקנה מעות ומטלטלין כיון דשייך בהו קנין בהגבהה או במשיכה משו"ה אמרינן נמי דחל עלי' הקנין בחליפין מטעם מיגו מה שאין כן בדבר שלא שבא לעולם דלא שייך בהו קנין כלל ・ דהא גם בדבר שלא בא לעולם ג"כ שייך בו קנין דהא פסק השו"ע בס' סמך סעיף ו' דאם התחייב א"ע ליתן דבר שלא בא לעולם מחויב ליתן לפ"ז שייך קנין ג"כ אף בדבר שלא בא לעולם דהא יכול להתחייב א"ע ・ ואף שכתבתי לעיל באות ד' דבאופן זה אינו מיקרי בר קנייה כיון דהדבר שלא בא לעולם בלא צירוף חיוב הגוף אינה מועיל בה קנין עיין לעיל שם זאת הסברא באר היטיב ・ אף שלפי תירוץ השני של הסמ"ע שם מוכרחין אנו לומר כן מ"מ הסברא הזאת אינו מורווח דהא שייך קנייה אף בדבר שלא בא לעולם אם התחייב א"ע לכך לכן שבק הסמ"ע התירוץ השני ・ גם הבאתי ראיה לעיל מדברי הרמ"א שעיקר כתירוץ הראשון של הסמ"ע שם גם מה שהביא השער המלך ראיה שם מדברי מהר"י חיון ז"ל דכתב בס' ל' במקנה דבר קצוב עם דבר שאינו קצוב לכו"ע לא קני וכתב על זה שהטעם הוא כהתירוץ השני של הסמ"ע הנ"ל (הספר הזה אין עמדי) לכן אולי נוכל לומר דמפני זה פסק מהר"י חיון דלא קנה דבדבר שאינו קצוב לא שייך בה שום קניין כלל דאף אם התחייב א"ע בדבר שאינו קצוב ג"כ אינו מועיל עיין בסימן ס' סעיף ב' שזה דעת הרמב"ם ・ ולזה הדעה נתכוין מהר"י חיון הנ"ל דלדעה זו אינו מועיל בה קנין בדבר שאינו קצוב אף אם הקנה עמו גם דבר הקצוב ・ דלא נוכל לומר דכתב אף דלפי דעת החולקים המבואר שם דס"ל דיכול אדם להתחייב א"ע דבר שאינו קצוב דלפי דעתן יכול ג"כ להקנות דבר שאינו קצוב עיין בדברי הסמ"ע בסימן ר"ז בס"ק סמך שכתב כן בהדיא ・ ולפ"ז קנה בלא שום מיגו לפי דעה זו ・ אלא ודאי דמה שכתב מהר"י חיון דמחמת מיגו אינו מועיל הקנין על דבר שאינו קצוב הוא לדעת הרמב"ם והרמב"ם ס"ל דאינו מועיל בה חיוב בדבר שאינו קצוב כדכתבתי לכן ס"ל למהר"י חיון דכיון דלא מועיל בה שום קנין לכן לא אמרינן מיגו מה שאין כן כשהקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם קנה שניהם כיון דשייך קנין חיוב בדבר שלא בא לעולם אמרינן מיגו וכיון דתירץ השער המלך אינו מחוור קמה הקושיות שהקשה מהך דב"ב (דף קכ"ז) (ומדף קכ"ד) במקומם ・

אך

אך לפי דברינו דלעיל דהא דס"ל הדעה השניה הנ"ל דקנה שניהם דאמרינן מיגו היינו דוקא שהקנה בבת אחת ובזמן אחד אבל אם הדבר שאינו מועיל אינה מקנה תיכף רק לאחר שלשים אף אי אמרינן דקנה הכל לא אמרינן מיגו ולא קנה הדבר שאינו מועיל לכן הוצרך לכתוב רחמנא יכיר דאיצטריך לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס דאף אם יקנה נכסים להבכור מה שיש לו ויקנה ג"כ הנכסים כשהוא גוסס לא קנה להנכסים שנפלו בשעה שהוא גוסס דבדבר שלא בא לעולם אינה חל שום קנין מהשתא · וגם לפ"ז יהיה ניחא הגמרא דב"ב (דף קכ"ד) כמובן · ומשום זה כתב הרמ"א בסימן ר"ג כל השלשה דעות ובסימן ר"ע סעיף ד' במקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם לא כתב אלא דעה אחת לחוד דקנה דבר שבא לעולם ולא יקנה הדבר שלא בא לעולם ע"ש דכיון דבדבר שלא בא לעולם אינה חל שום קנין מהשתא קודם שבא הדבר לעולם לפיכך כו"ע מודים דלא אמרינן מיגו כיון דאין הקנין בזמן אחד ובבת אחת וגם הרמ"א יכול להיות שדעתו נוטה להסברא השניה שקנה שניהם דאמרינן מיגו דאין ראיה מדלא הביא בסימן ר"ע רק הדעה שלא קנה רק הדבר שבא לעולם משמע שדעתו עיקר כדעה זו · דנוכל לומר משום זה לא הביא השלשה דעות כמ"ש וכיון דאין שום משמעות מרמ"א איזה הדעה הוא עיקר בעיניו אין מוציאין מיד המוחזק אם תפס גם הדבר שאינו מועיל כמ"ש בספר בני חייא סימן ר"ג וכמו שמבואר לקמן בסוף הפרק בקיצורי דינים :

פרח ד אות טז

ואין להביא ראיה מגיטין (דף פ"ב ע"ב) ממאי דאיתא שם ותנא אשת בני מתים היכי משכחת לה כגון שבא ראובן וקידשה חוץ משמעון ובא שמעון וקידשה התם דקדושי ראובן אהני למיסרא אעלמא וקדושי דשמעון אהני למיסרא אראובן דלכאורה משמע דקדושי דשמעון לא מהני מידי לאוסרה אעלמא · כיון דבלאו הקדושין שלו אסורה ג"כ אעלמא מחמת קדושי ראובן · ונ"מ אם גירשה ראובן אז היא מותרת לעלמא מחמת קדושי שמעון כדמשמע מלשון הגמרא שקדושי ראובן אמרינן שם דאהני למיסרא אעלמא ועל קדושי שמעון אמרינן שם דאהני למיסרא אראובן ואי אמרינן מיגו הא גם קדושי שמעון יהיה מהני לאוסרה אעלמא דמיגו דחל הקדושין שלו לאוסרה על ראובן כך יהיה חל לאוסרה אעלמא · ולפ"ז מוכח דאם הקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם לא קנה הדבר שלא בא לעולם ומשום זה לא אהני קדושי שמעון לאוסרה אעלמא דקודם הגירושין של ראובן מקרי קדושי שמעון דבר שלא בא לעולם כידוע לכן מהני רק לאוסרה על ראובן · ומזה יהיה לכאורה ראיה להכרעת הרמ"א שלא הביא בסימן ר"ע רק הדעה דקנה רק הדבר שבא לעולם · אבל נ"ל דמזה אין ראיה דאם תאמר כן תקשה על הדעה שלא קנה אף הדבר דמועיל בה קנין כיון שלא קנה הדבר שאינו מועיל אמאי אהני קדושי שמעון למיסרא אראובן הא שמעון קידשה התם כמבואר בגמרא שם וכיון דלא חל קדושי שמעון למיסרא אעלמא כך לא חל למיסרא אראובן · וכדי ליישב זה אמרתי דאף לפי דעה זו דלא קנה כלל מ"מ הכא מהני קדושי שמעון לאוסרה על ראובן דכיון דלאחר שגירשה ראובן הקדושי שמעון מתפשטת ואסורה לעלמא מחמת קדושיו · כדאמרינן בקדושין (דף ז' ע"א) ונפשוט לה קדושי בכולה מי לא תניא האומר רגלה של זו עולה תהא כולה עולה וכו' מי דמי התם בהמה הכא דעת אחרת ופירש"י התם בהמה היא ושלו היא ואין מעכב על ידו מלהתקדש לפיכך יש כח במאמרו לפשוט והכא דעת אחרת יש חשובה כמותו המעכבת בדבר · באם אין האשה רוצה אינה קדושין וזה לא נתרצית אלא לחציה לפיכך אין דיבורו תפיס בה עכ"ל הגמרא ופירושה · אבל הכא גבי קדושי דשמעון פשטה קדושי בכולה לאוסרה אף לעלמא אם גירשה ראובן דהא הכא שניהם רוצים שיהיה קדושי שמעון אוסרין אף לעלמא אך מחמת דקידושה ועומדת מחמת קדושי ראובן אינה יכול לחול הקדושי שמעון לאוסרה אעלמא לכן אף הדעה דס"ל דלא קנה כלל מודה הכא דקדושי שמעון חל למיסרא אראובן אף דקידשה התם · דהא אם קידשה שמעון רק למיסרא אראובן פשטה הקדושין לאוסרה אכו"ע א"כ לא נוכל לומר דאם קידשה התם יהיה גרוע מקידשה רק לאוסרה על ראובן · ואסביר לך יותר דהכא גבי קידשה שמעון התם לא נוכל לומר כי היכי דבטל הקדושין של שמעון לאוסרה על עלמא ה"נ יהיה בטל לאוסרה על ראובן · דהא אפילו למ"ד דס"ל קני את וחמור לא קנה כלום הכא לא דמי לחמור כלל, דכיון דאף אם קידשה שמעון רק לאוסרה על ראובן פשטה הקדושין לאוסרה אכו"ע נמצא לא דמי לחמור דהתם החמור אין בר קניה כלל · וגם לא נוכל לומר כיון דבטל הקדושין אצל עלמא בטל ג"כ אצל ראובן דהא פעולת הקדושין שעושה על ראובן מועלת ג"כ לאוסרה אעלמא · האיך נוכל לומר כי היכי דבטל אעלמא כך יהיה בטל אצל ראובן מה שאין כן במעות ומטלטלין דקנין המטלטלין אינו תופס כלל שיהיה נקנה מאלי' גם המעות לכן אף אם הקנה מעות ומטלטלין אמרינן מיגו כיון דבטל אצל המעות בטלה ג"כ אצל המטלטלין · לפ"ז לא נוכל לומר דפשט הגמרא מה שאיתא בקדושי שמעון אהני למיסרא אראובן דלא מהני לאוסרה אעלמא אם גירשה ראובן דהא קדושי שמעון פשטה בכולה דאם גירשה ראובן יהיה אסורה אעלמא מחמת קדושי שמעון · אלא ודאי דהפשט הוא כך · דהגמרא משמיענו רק מה שפועל הקדושין בעת קודם שגירשה ראובן דמהני קדושי ראובן לאוסרה אעלמא וקדושי שמעון לאוסרה על ראובן · אבל מה שפועל הקדושין אם יגרשה ראובן לא איירי מזה הגמרא מידי : וכן נראה מדברי הריטב"א בחידושיו שם בקדושי שמעון מהני לאוסרה אעלמא · ולפ"ז אין ראיה מזה להכרעת הרמ"א · אך הוכחתי לעיל מכמה דוכתא להכרעת הרמ"א · אחר כותבי את הראיה מדהוכיח הגמרא דאקני לא משתעבד דמוכח דאף להדעה דאמרינן מיגו דחל הקנין על המטלטלין חל נמי על המעות מודה דאם הקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם לא חל הקנין על דבר שלא בא לעולם עיין בדברינו לעיל באר היטב · ראיתי להגאון בעל ישועות יעקב בס' קט"ו בדיבור השני שם שהקשה ג"כ להדעה שהובא ברמ"א הנ"ל דאמרינן מיגו דחל על המועיל חל נמי על שאינה מועיל מהך דב"ב הנ"ל והיה הדבר תמוה בעיני שלא הרגישו בזה הפוסקים עד שבא לידי ספר כה"ג על חושן משפט חלק שני שהקשה קושיא זו בשם מהר"ש קל"א · ואח"כ כתב לתרץ דהתוספות שהקשו אהך דלוקח גובה מנכסים משועבדים אמאי לא טריף בע"ח מאותן הנכסים דטרף לוקח · וכתב הלחם משנה ליישב דאיירי דלא כתב לבעל חוב דאקני ולכך לא יכול לטרוף מאותן הנכסים שהם דאקני והוה צריך לומר הא דגובה בע"ח משבח אף שהוא ג"כ כמו דאקני כמו דדייק הש"ס ב"ב (דף קנ"ז) משבח דאמרינן דאקני משתעבד היינו כמבואר ברשב"ם דאף דאמרינן דאקני לאו טעות סופר אבל בשבח כיון דאתי מגוף הקרקע בודאי טעות סופר הוא · דאפילו לא הותנה כמו שהותנה דמי ודוקא אי דאקני לא משתעבד ה"ה שבח אבל אי דאקני משתעבד רק מחמת דלא כתב דאקני השבח הוה טעות סופר וגובה אותו · ומעתה אתי שפיר דעד כאן לא אמרינן בקני את וחמור דקני כולה אלא בהקנה הדברים כאחד · אבל כאן שלא נזכר דאקני בשטר אלא דאף דלא כתב דאקני מהני לגבי השבח או דאקני משתעבד מטעם דהוה טעות סופר · אבל אי נימא דדאקני לא משתעבד רק מתורת אגב בזה לא שייך אגב כיון דלא הקנה הדברים כאחד · ולפענ"ד אינו מובן תירוצו דכל דבריו הוא נכונים רק אי אמרינן אי דאקני משתעבד ויהיה מתורץ בדברי הלח"מ יהי' נכונים לתרץ קושית התוס' · אבל לפום מאי דקבית לן דלפי הדעה דאמרינן מיגו דחל על המועיל חל נמי על שאינה מועיל נוכל לומר דאקני לא משתעבד ואפילו הכי גובה את השבח דאמרינן מיגו כנ"ל מיירי בשעבוד הקרקע וגם השבח שהשביח אח"כ דגם להשבח נוכל לומר ג"כ דאם לא נשתעבד בפירש אינה גובה את השבח דעולם אמרינן דאקני לא

משתעבד

משתעבד · ולפ"ז הקושיא במקומה עומדת דהאיך מוכיח הגמרא דאקני משתעבד מדגובה את השבח ותירוצו של הרא"ש משגה על קושיות התוספות נוכל נומר לפענ"ד לפי דרך זה דמיירי שיעבד בפירוש הקרקע והשבח שהשביח אח"כ אבל שאר הנכסים שקנה לא שיעבד · לכן גובה את השבח כיון דחל השיעבוד על הקרקע ג"כ חל על השבח לפי דעה זו דאמרינן מיגו וכ"ת מאי פסקא דנימא שהשבח שיעבד לו ושאר הנכסים לא שיעבד לו · יש לומר דודאי שנא ושנא דהא כתב הרשב"א שהביא בעל יבועות יעקב הנ"ל דאף דאמרינן שהשיעבוד דאקני לאו טעות סופר הוא בכל זאת השיעבוד השבח אף שהוא דאקני טעות סופר הוא כמו שהבאתי לעיל דבריו וצריכין להבין מפני מה השיעבוד דשבח הוא טעות סופר · וע"כ משום דאין סברא ששיעבד לו את הקרקע ולא שיעבד לו את השבח ומן הסתם שיעבד לו השבח כיון דהשבח הוא בגוף הקרקע ששיעבד לו ואין הבע"ח יכול לגבות את הקרקע בלא השבח כמובן · לפ"ז גם אי אמרינן דאקני לא משתעבד אך מה שהבעל חוב גובה את השבח משום דשיעבד לו בפירש את השבח וכיון דחל השיעבוד על הקרקע חל נמי על השבח לפ"ז הקושיא במקומה עומדת לפי דעה זו היכי מוכיח הגמרא מדבעל חוב גובה את השבח דאקני משתעבד הא נוכל לומר דמיירי ששיעבד ליה בפירוש את השבח וכיון דחל השיעבוד על הקרקע חל נמי השיעבוד על השבח דאמרינן מיגו · אלא צריכין אנו ליישב כמ"ש דאף דאמרינן מיגו היינו דוקא כשהקנה מעות ומטלטלין אז אמרינן מיגו אבל כשהקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם לא אמרינן מיגו וטעמו של דבר כתבתי לעיל :

אך לפי דברי המרדכי בריש פרק מי שמת מבואר דגם אם הקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם קנה הכל דאמרינן מיגו אף בכהאי גוונא כמו שאכתוב לקמן שמוכח זאת מדברי המרדכי · וצריכין אנו ליישב הסוגיא דפ' מי שמת אליביה דדוקא גבי קנין שהוא חשוב אמרינן מיגו אבל גבי שיעבוד דאינה חשובה כל כך לא אמרינן מיגו אף דמצינו שיכול אדם לשעבד מטלטלין אגב מקרקעי · אגב שאני שהיא חשובה שיש לה אסמכתא מקרא כידוע · ולפ"ז בשטרי פסיקתא דנקני בדברים בעלמא ואגב זה הקנה דבר שלא שייך להשטרי פסיקתא כגון הא דאמרינן אמר רב גידל אמר רב כמה אתה נותן לבנך כך וכך וכמה אתה נותן לבתך כך וכך עמדו וקדשו קנה הן הן הדברים הנקנים באמירה ובתוך הדברים האלו מכר לו גם קרקע או חפץ והדמים זקף לו במלוה ולא עשה שום קנין לא בהקרקע ולא בהחפץ לא אמרינן כיון דנקנה לו הפסיקתא היינו מה שפוסק לבנו כך וכך קנה ג"כ החפץ או השדה שמכר האב לבנו דאף לפי דעה זו דאמרינן מיגו דחל אמוטיל חל נמי אשאינה מוטיל היינו דוקא בקנין חשוב · אבל בקנין גרוע כזה דלא מצינו בשאר דוכתא שנקנית חפץ באמירה לא אמרינן מיגו כמו דאמרינן לגבי שיעבוד דלא אמרינן מגו כיון שאינה חשובה קנין כל כך · וכמו כן גבי שטרי פסיקתא לא אמרינן · ובשגם כל מה שנוכל להשוות דלא פליגי הפוסקים הדדי אמרינן דלא פליגי . וה"נ עד כאן לא פליג הדעה זו דאמרינן מיגו דחל אמוטיל חל נמי על שאינה מוטיל אשאר פוסקים דס"ל דלא אמרינן מיגו היינו דוקא בקנין חשוב אבל לא בקנין גרוע כגון קנין דשטרי פסיקתא · ולפי הנראה מדברי יבועות יעקב שגם כן דעתו בשטרי פסיקתא לא אמרינן מיגו · אך אין אנו מבינים מדבריו הטעם מפני מה ס"ל כך עיי"ש בדבריו · וזהו רק מה שאנו צריכין ליישב הסוגיא דפרק מי שמת ולחלק בחילוקים שאין מסתברים כל כך הוא רק לדעה זו דאמרינן דאם הקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם דאמרינן מיגו אבל לפי הכרעת הרמ"א דפסקינן היכא דהקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם דלא אמרינן מיגו כיון שאינם נקנים בזמן אחד אתיא הסוגיא דפרק מי שמת כפשטא בלי שום דוחק · ובפרט לפי מה שהוכחתי לעיל דשיעבוד עדיף יותר מקנין בודאי מוכרחין אנו לומר כן הא דמוכיח הגמרא מדבעל חוב גובה את השבח דאקני משתעבד כיון דאין השיעבוד הקרקע והשבח בזמן אחד לא אמרינן מיגו · ולפי דברי אלו צריכין אנו ליישב מה שכתב הרמ"א בסימן ר"ע בלשון יש אומרים דאם הקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם דדמי לקני את וחמור כמו שיתבאר לקמן סוף ס' ר"י ובסימן ר"י יתבאר דקנה המחלה וה"נ קנה הדבר שבא לעולם דמשמע מדברי הרמ"א דהא דכתב בלשון יש אומרים ולא כתב בסתימות זאת הדין · דדמי לקני את וחמור · דהא לבד היש אומרים דקנה הכל דאמרינן מיגו המה מודים דלא גרע ודומה לדין קני את וחמור · ואי אמרינן דבקני את וחמור קני מחלה בודאי הדין כאן דקני גם כן מחלה היינו דבר המועיל בו קנין ורק מפני הדעה זו דאמרינן מיגו כתב בלשון יש מי שאומר דדמי לקני את וחמור דלפי דעה זו לא דמי לקני את וחמור דהתם קנה מחלה והכא קנה הכל · ולפי דברינו גם הדעה דס"ל דאם הקנה מעות ומטלטלים דאמרינן מיגו היינו דוקא התם שהקנה ליה המעות והמטלטלים בבת אחת אז אמרינן מיגו כמו שכתבתי אבל היכא דאקני דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם דלא חל הקנין בבת אחת דהקנין דדבר שבא לעולם חל מעכשיו · ודבר שלא בא לעולם לא יוכל לחול רק כשיבא לעולם בזה יכול להיות דכו"ע מודים דלא אמרינן מיגו ולמה כתב הרמ"א בלשון יש מי שאומר · נוכל לומר דכונתו היה למה שכתב המרדכי לעיל מיניה באותו הפרק קני את וחמור רב נחמן אמר קנה מחלה מספקא ליה למורי אם שייך נמי למימר אדם מקנה לאדם דבר שב"ל ודבר שלב"ל אם שייך אותו מחלוקת או לא עכ"ל המרדכי ובגמרא איכא מ"ד דקנה הכל ופירש"י הטעם בד"ה ר"ש וכו' אדם יודע שאין חמור קונה וגמר בדעתו שמי שיכול לקנות משניהם אקני עכ"ל רש"י . וזה לא שייך לומר במי שמקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם כי מה מועיל דעת הנותן כיון דלא נתפס שום קנין על הדבר שלא בא לעולם וצריכין אנו לומר דהטעם הוא מחמת מיגו קנה הכל לפיכך כתב המרדכי דמספקא ליה אם שייך אותו מחלוקת או. לא אך הוא מטעם אחר לפיכך כתב הרמ"א בלשון יש אומרים דיש דעה שמספקא ליה שקונה הכל · ולפ"ז ג"כ מיושב מה שהקשה הסמ"ע בסימן ר"נ דהא הביא הרמ"א השלשה דעות ובסימן ר"ע הביא רק דעה אחת דהדעה הכובא בסימן ר"ע אינה שום אחת מהדעות שהובא בסימן ר"נ רק היא דעה אחרת. שהיא הדעה שהביא המרדכי שמורו מספקא ליה דנוכל לומר דעדיפא מקני את וחמור דקני מטעם מיגו אבל לכל הפחות לא גרע מקני את וחמור לכן פסק דמוליאין מיד המוחזק ולא קנה רק הדבר שבא לעולם מדאמרינן גבי קני את וחמור דקני מחלה ויכול להיות שגם הדעה זו שהביא הרמ"א בסימן ר"ט שאם מקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם מודה דאמרינן מיגו גבי אם הקנה מטלטלין ומעות כמו שמסיק המרדכי שם לאחר שכתב. דמספקא ליה למורי וכו' אם שייך אותו מחלוקת או לא כתב אח"כ ואין להביא ראיה מההיא דלעיל שתי שדות ושני בני אדם לזה במתנה ולזה בירושה ושניהם קנו ולא אמרינן אותו דבעל ירושה ה"ל כמו חמור ולא יקנה גם את זה · די"ל דהתם ראוי לקנות [מיהא] אם היה נותנין לו אבל הכא כיון דלא אתייליד לפיכך הוא חמור גמור עכ"ל המרדכי לפ"ז נוכל לומר דגם הדעה הכובא ברמ"א בסימן ר"ט דס"ל דלא קנה רק הדבר הבא לעולם ס"ל ג"כ גבי מעות ומטלטלין דקנה הכל דהתם כבר אתייליד והאוי לקנות אם היה נותנים לו כמ"ש המרדכי גופה וכן נראה מלשון הדרכי משה בסימן ר"ט אות ו' שכוונתו למה שכתב המרדכי שמספקא ליה למורי עיין שם היא הדעה שהביא שם ברמ"א בסימן ר"ט · לכן נראה לי במה שכתב הד"מ בסימן ר"ג אות ג' דהמרדכי פליג על פסקי מהרי"א באחד שקיבל קנין לגרש את אשתו והעמיד עליו קנס וכתב דהואיל והקנין לא מהני לגרש דהוי קנין דברים יש לספק בקנס אי חייב או לא הוי כקני את וחמור דכתב הסמ"ע בסימן ר"ג דכונת הדרכי משה למה שכתב המרדכי בשם רבינו שמחה דצריכין להבין היכי מוכיח מיניה הדרכי משה שהמרדכי

שהמרדכי ס"ל כדעת רבינו שמחה דהא הביא שם כל השלשה דעות ואפשר ליישב קצת דכיון שכתב המרדכי דעת רבינו שמחה באחרונה משמע דס"ל כדעת הרבינו שמחה כדכתב הסמ"ע לעיל מיניה שדעת הרמ"א כרבינו שמחה מדכתבו באחרונה. אך גם אם זאת איישב מ"מ לשון הדרכי משה אינה מובן שכתב וז"ל · ונ"ל דלפי דברי המרדכי דלעיל חייב לתת הקנס · אם הפירוש שכונתו לדעת הרבינו שמחה כמו שכתב הסמ"ע לא שייך הלשון דברי המרדכי דלעיל · דהא סליק מיניה מדברי המרדכי והוה ליה למימר דלפי דברי המרדכי חייב לתת הקנס · לכן נ"ל דכוונת הדרכי משה לדברי המרדכי דלעיל מיניה השלשה דעות שהביא המרדכי שם כתב לעיל מיניה ואין להביא ראיה וכו' דיש לומר דהתם ראוי לקנות אם היו נותנים לו אבל הכא כיון דלא אתיליד לפיכך הוא חמור גמור עכ"ל המרדכי · מדסיים המרדכי והרי הוא כחמור גמור ובחמור גמור פסקינן דקני מחצה כדפסק השו"ע בסוף סימן ר"י ולכן כתב הדרכי משה דנראה לי דלפי דברי המרדכי חייב לתת הקנס דדמי לקני את וחמור דקני מחצה דהמרי"א מסתפק אי דמי לקני את וחמור וחייב לתת הקנס או לא דמי וגרע מקני את וחמור ופטור לתת הקנס. דכן משמע מלשון הדרכי משה שהמרי"א מסתפק בדבר זה כי פסקי מהרי"א אינם תחת ידי. עיין בדברי הד"מ והדקדק בדבריו :

פרח ד אות יז

וכיון שאנו עסוקים ליישב הדעה דאם הקנה מעות ומטלטלים דקנה הכל שהובא ברמ"א בסימן ר"ג בסעיף י' דאמרינן מיגו שקנה החפץ שמועיל קנה ג"כ שאינו מועיל · גם זה צריכין ליישב דלכאורה קשה על דבריהם מדאמרינן בב"ב (דף קמ"ט ע"א) מ"פ דאיסור גיורא ה"ל תריסר אלפי זוזי בי רבא רב מרי ברי' הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה הואי ובי רב הוה · אמר רבא היכי נקנינהו רב מרי להני זוזי אי בירושה כו' או במתנה כו' אי בחליפין אין מטבע נקנה בחליפין כו' לכאורה קשה הא יכול להקנות בקנין סודר איזה חפץ וגם המעות ויקנה רב מרי גם המעות במיגו דחל הקנין על החפץ חל נמי על המעות · וכ"ת דלית ליה חפץ זה דוחק עיין ב"מ (דף מ"ו ע"א) ואכפיל תנאי לאשמועינן גברא ערטילאי ועיין ברשב"י שם ד"ה אכפיל · וצריכין אנו לומר כמ"ש הנודע ביהודה במהדורא קמא בס' כ"ע בחלק חושן משפט דהיכא אמרינן מיגו היכא דקנה מעות ומטלטלין ביחד והמעות הן בעין וגם מונחים לפניו ואמר כל מה שמונח כאן אני מקנה לך אבל דבר שאינו ברשותו עם דבר שברשותו א"א לומר שמונחים לפניו שהרי אכתי אינו ברשותו ולא שייך לכוללו בדיבור אחד ולפ"ז כיון שמוכח זאת הסברא מהגמרא מיושבין דברי הרמ"א דלא קשה מה שהקשה עליו הסמ"ע דבסי' ר"ג הביא השלשה דעות ובסימן ר"ט הביא רק דעה אחת דשם הדבר השני הוא דבר שלא בא לעולם ולא שייך לכוללם בדיבור אחד לכן לא קנה רק הדבר שבא לעולם וכן מיישב הגר"א בסימן ר"ג דברי הרמ"א · וכן הנודע ביהודה · לכן אין אנו צריכין לתירוץ שני של הסמ"ע · ולפ"ז לא פסקינן כתירוץ השני דנראה דהסמ"ע המציא הסברא הזאת רק מכח קושיא שלו וזה שלא כדברי הנתיבות המשפט שהבאתי לעיל שפוסק כתירוץ השני של הסמ"ע · דלפ"ז אם הקנה לו שני דברים ואחד מהם הוא קנין דברים לא חל הקנין על קנין דברים לכו"ע · אבל לפי דברי והבאתי ראיה מהגמרא יכול להיות דגם הדעה זו ס"ל גם בהקנה שני דברים ואחד מהם הוא קנין דברים דמתוך שקנה הדבר שיש בו ממש קנה ג"כ הקנין שיש בו רק דברים כיון שיכול לכוללם בדיבור אחד אמרינן מיגו :

ולפי סברת הנודע ביהודה הנ"ל יש לסתור דברינו לכאורה מה שהבאתי ראיה מקידושין (דף ס"ב) שם דנוכל לומר כיון שלא כללן השני הקידושין בדיבור אחד דבפרוטה אחת אמר התקדשי לי מעכשיו ובפרוטה השני קידשה לאחר שמגרשה ובשני דיבורים אמר עיין שם ותמצא בהדיא · לכן לא אמרינן מיגו דחל הקדושין על מעכשיו חל נמי לאחר שמגרשה אף לפי דעה זו דאמרינן מיגו ומפני זה נוכל לומר דהוצרך רש"י לפרש מיגו · דאי בעי לקדושי השתא וכו' עיין לעיל שהבאתי דברי רש"י · אך מב"ב יש ראיה לדברינו אף לפי דברי הנודע ביהודה דהאיך מוכיח דאקני משתעבד מדבעל חוב גובה את השבח בב"ב (דף קנ"ז) הא לפי דעה דאמרינן מיגו לא מוכח מידי לכאורה דהא נוכל לומר דאמר ליה בפירוש משעבדנא לך הנכסים שיש לי בהנכסים דעתיד למקני וזה מקרי שכללן בדיבור אחד כדגרסינן בנדרים (דף ס"ט ע"ב) בעי רבה קיים ומופר לכי בבת אחת מהו וכתב עליו הר"ן בד"ה בעי רבה כלומר דקיים לחודא לאו כלום הוא וליכי שכוללן שתיהן כאחת · ואיכא נסחי דגרסי קיים ליכי ומופר ליכי בבת אחת מהו ולהנך נסחי בעי דילמא הוי כהדיא בבת אחת דמגלי בדעתיה שהוא רוצה שיחולו בבת אחת עכ"ל הר"ן · מוכח מזה כיון שאינה מועיל שקמה והפרה עד דאמר ליכי הוה כמו שאמר בבת אחת וכן כתב הרא"ש שם בפירושיו וכן כתבו התוספות שם וכן כתבו כל האחרונים עיין בט"ז ביו"ד (בסימן רל"ד ס"ק ל"ח) וה"נ אם אמר אנכי משעבד הנכסים דקנאי ודעתיד למקני לך כיון דאי לא אמר לך לאו כלום הוא השיעבוד הן הנכסים שיש לו והן הנכסים דעתיד למקני ותיבת לך הוא משעבד שניהם לכן הוה כמו שאמר בבת אחת ובדיבור אחד · וכ"ת כיון שהלוה מתילא הא משועבדים הנכסים שיש לו ואף שאמר אחר כך אנכי משעבד הנכסים דקנאי ודעתיד למקני אי דאקני לא משתעבד לא אמרינן מיגו דכי אמרינן לדעה זו היינו היכא שהקנין חל על שניהם בעת הזה אבל היכא שכבר קנאם הדבר המועיל בודאי לא אמרינן מיגו שיועיל על דבר שאינו מועיל · והכי נמי תיכף כשהלוה משועבדים לו הנכסים שיש לו לכן לא אמרינן מיגו שיחול גם השיעבוד על הנכסים דעתיד למקני לכן מוכיח הגמרא מדבעל חוב גובה את השבח דאקני משתעבד · דאכתי קשה דנוכל לומר דאקני לא משתעבד ומיירי שאמר קודם שנתן את המעות שמלוה להלוה אני משעבד הנכסים שיש לי דקנאי ודעתיד למקני לך ועל אופן זה הלוה לו · נמצא שחל השיעבוד של שניהם הן הנכסים דקנאי והן הנכסים דעתיד למקני שניהם בשוה · לכן אמרינן מיגו לפי דעה זו ומשום הכי גובה בעל חוב את השבחה אף אי אמרינן דאקני לא משתעבד · אלא ודאי מוכח כשבקתהו דכיון שאינה חל השיעבוד של נכסים דעתיד למקני מעכשיו רק כשיקנה אז יחול השיעבוד לא אמרינן מיגו · וכ"ת הא איתא בב"ב (דף מ"ד ע"ב) וליחוש דילמא דאקני וכתב הרשב"ם ע"ז בד"ה וניחוש וכו' כלומר אכתי איכא למיחש דאקני ליה לקח פרה וטלית למלוה אגב מקרקע והיכי דמי כגון דמקני הכי כשלוה כתב למלוה בשטר משעבדנא לך אגב מקרקע כל נכסי דקנאי ודעתיד אנא למקני ושלקח הפרה והטלית אחרי כן נשתעבדו לו מיד · ואכתי אמאי מעיד וכו' עכ"ל · והא התם אינו חל השיעבוד של שניהם בבת אחת דהשיעבוד של הקרקע הוא מעכשיו חל · אבל השיעבוד של הפרה והטלית אינה חל רק כשהקנה · ואפילו הכי אמרינן דחל השיעבוד גם על פרה וטלית · דיש לומר דקנין אגב שאני דיש לו אסמכתא מדברי קבלה כדאיתא בקדושין (דף כ"ו ע"א) אבל לפי דעה זו דאמרינן מיגו דחל אמועיל חל אשאינה מועיל אינה קנין חשובה כל כך והראיה דהפוסקים פליגי על זה דלא אמרינן מיגו · וכיון דלאו קנין חשוב הוא רק בגוררת דבר המועיל את הדבר שאינה מועיל שיהיה נקנה · לכן אם חל הקנין על שני הדברים בבת אחת אז גוררת המועיל את שאינה מועיל שיהיה נקנה · אבל אם אין הקנין בזמן אחד אינה גוררת · ולפ"ז נסתר קושיתינו מהך דב"ב (דף קמ"ט) הנ"ל במקומה כיון שבירורתי מהך דנדרים הנ"ל באם אמר שני ענינים ולא נגמרו אף לאחד מהם עד שאמר התיבה אחרונה כגון אם אמר שיעבדנא הנכסים דקנאי ודעתיד למקני לך דכיון דבלא תיבת לך אינה משועבד כלל הן הנכסים שיש לו והן הנכסים דעתיד למקני ובתיבת לך הוא

משעבד שניהם הוה כמו שאמר השני ענינים בדיבור אחד קמה קושיתי מהך דב"ב (דף קמ"ט) הנ"ל במקומה דהא יכול איסור גיורא להקנות התריסר אלפי זוזי לרב מרי בריה בדרך זה שיקנה לו איזה חפץ שישנו ברשותו ויאמר לו חפץ זה ותריסר אלפי זוזי שיש לי ביד רבא יהיה קנוים לך בק"ס דהוה כאילו היה מעות ומטלטלין מונחין ואמר שיהיה קנוים הללו לך שזה מהני להדעה דאמרינן מיגו דקנה הכל :

וגם נ"ל להביא ראיה לזה מדברי התוספות רי"ד בקדושין (דף נ') בד"ה מיהו וכו' ולדבריהם ז"ל אית לן למימר דכי אמרינן דאת וחמור קנה מחצה היינו כשחלק בלשונו מקבלי המתנה באומר נכסי לך ולבניך או לך ולפלוני ולפלוני ופלוני דכיון דהכי הוא לא ערבינהו בזכותם ואף על גב דהאי לא קני קני אידך אבל כשמערבם כולם בלשונו שאומר נכסי לכולכם הרי עירבם ואין דעתו שיקנה זה יותר מזה ואי לא קני חד מנייהו לא קנו כולהו עכ"ל מדכתב בלשון לא ערבינהו בזכותם לא הוה כמו שאומר נכסי לכולכם דמשמע מזה דאם עירבם בזכותם הוה כמו שאמר נכסי לכולכם וה"נ אם אומר חפץ זה שישנו ברשותי וחפץ פלוני שאינה ברשותי יהיה קנויה לך דערבינהו בהותן דבלא לך לא קנה כלל הוה כמו שאומר בדיבור אחד ואף שלשון הרא"ש שם (בס' כ"ג) מחלק בין היכא דאמר בחדא ליסנא עיי"ש בדברי הרא"ש וכן נמצא זה הלשון בחלקת מחוקק (סימן מ"א ס"ק ד') כוונתם ג"כ דאם עירב זכותם בחדא ליסנא אבל זאת לא כיוונו דדוקא אם אמר בלשון כולכם זה מיקרי חדא ליסנא דהא הבאתי ראיה מנדרים הנ"ל ומדברי תוספות רי"ד הנ"ל דאם עירב זכותם זה מיקרי חדא ליסנא וגם זהו כוונת הרב המגיד בפ"ט מהלכות אישות ולא רציתי להאריך להביא לשונו כי ממילא יהיה מובן דהפשט ברב המגיד הוא כמו שפירשתי דברי הרא"ש והחלקת מחוקק וכיון שבררתי זאת אינו מובן דברי הנודע ביהודה הנ"ל דמבואר בדבריו שכו"ע מודים שאם אמר חפץ זה שישנו ברשותי וחפץ פלוני שאינה ברשותי יהי' קנוים לך דלא קנה החפץ שאינה מועיל בה הקנין דכיון שלא היה ברשותו אינו יכול להקנותם יחד דדוקא אם היה השני חפצים ברשותו ואמר הללו חפצים יהי' קנוים לך אז קנה הכל להדעה דאמרינן מיגו ולפי דברינו יכולים להקנות אף החפץ שאינה ברשותו על ידי מיגו כגון שאומר החפץ הזה שיש ברשותי והחפץ פלוני שאינה ברשותי יהי' קנוים לך דכיון דעירב זכותם דבלא לך אינה קנו אף החפץ שיש ברשותו ותיבת לך קאי על שניהם גם על החפץ שאינה ברשותו הרי עירב זכותם ואמרינן מיגו דקנה זה קנה ג"כ החפץ שאינה מועיל בה קנין וגם אינה ברשותו ואף שביאורי הגר"א (סימן ר"ג ס"ק מ"ב) הנ"ל ג"כ מיישב דברי הרמ"א כסיגנון דברי הבעל נודע ביהודה הנ"ל אך לפי דעתי דברי הביאורי הגר"א נכונים המה יותר שכוונת ביאורי הגר"א שבסימן ר"ג כתב הרמ"א החליף מעות ומטלטלין או מעות וקרקע ביחד מדכתב ביחד מיירי שכולל בדיבור אחד כגון שאומר מעות ומטלטלין שלי יהיה קנוים לך בק"ס וזה מקרי עירב זכותם כמו שכתבתי אבל בסימן ר"ט כתב הרמ"א מי שמקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם יש אומרים דדמי לקני את וחמור כמו שהתבאר לקמן סוף סימן ר"י ובס' ר"י ס"ג כתב המחבר אמר ליה קנה נכסי או חפץ פלוני אתה ובהמה זו או אתה ועובר זה קני הוא מחצה דבהכי לא עירב זכות הבהמה עם האדם דהא אמר ליה קני נכסי אתה וכיון שאומר תיבת אתה הרי קנויה לו כל החפץ וכשאומר אח"כ ובהמה זו הוא רק בא לגרוע את זכותו ולא קנה רק מחצה וזה לא מקרי עירב זכותם וכעין זה מיירי הרמ"א בסימן ר"ט דכתב הרמ"א שם בסוף דבריו כמו שהתבאר לקמן סוף ס' ר"י מוכח מזה דמיירי בסיגנון אחד שאמר ליה קנה הדבר שבא לעולם אתה וגם הדבר שלא בא לעולם דזה בודאי לא מיקרי עירב זכותם דכשאומר תיבת אתה הוא קנה הדבר שבא לעולם ואינו צריך לקנות הדבר שבא לעולם ולכן לא כתב הרמ"א רק הדעה אחד דקנה רק הדבר שבא לעולם דבזה הדעה המבואר בסימן ר"ג הנ"ל דקנה הכל דשם עירב בזכותם לכן אמרינן מיגו אבל בסימן ר"ט דלא עירב בזכותם לכן לא אמרינן מיגו זהו לפי דעתי כוונת ביאורי הגר"א ולפי פירושי בדברי הגר"א גם הוא סובר שאם אמר חפץ זה שברשותי וגם החפץ שאין מועיל בה קנין וגם אינה ברשותי יהיה קנוים לך קנה הכל כיון דעירבם יחד בזכותם כמו שכתבתי וראיה לדברי מדברי הסוף תוספות רי"ד הנ"ל שכתב שם ותדע שאילו באומר להרבה בני אדם נולדים נכסי לכולכם וקנו חולקים בשוה ואילו אמר לאחד מהם נכסי לך ולכם הוא קנה מחצה ואידך כולהו פלגא כדנפקא לן מדכתיב והיתה לאהרן ולבניו אלמא כשאומר בלשון זה אינו עושה אותם שותפים ואין מתנתו של זה מעורבת בשל זה לגבי הא נמי לא שנא הרי מוכח מדבריו דדוקא אם אמר נכסי לך ולכם הוא דלא מקרי עירב זכותם אבל אם אמר לך ולכם נכסי קנוים מיקרי עירב זכותם דכיון דאמר נכסי אינה קנויה לשום אחד מהם וכשאמר התיבת קנויה קנה הוא ואחרים שכללן בתיבת לכם מה"ה מקרי עירב זכותם ולפ"ז צריכין אנו ליישב מאי דקשיא לן מפרק מי שמת (דף קמ"ט) הנ"ל דהא יכול להקנות איסור גיורא התריסר אלפי זוזי לרב מרי בריה באופן זה שיאמר חפץ זה שישנו ברשותי והתריסר אלפי זוזי שמונח ביד רבא יהיה קנוים לרב מרי בריה דבאופן זה יכול לקנות רב מרי התריסר אלפי זוזי דהא עירבם בזכותם דקודם שאמר לרב מרי בריה לא היה נקנה לרב מרי אף החפץ שהיה ברשותו וכשאמר לרב מרי בריה כללן ועירב זכותם יחד ונראה לי לתרץ לפי מה שכתבו התוספות בגיטין (דף י"ג ע"ב) ד"ה גופא וכו' ואמר ריב"א וכן ר"ת דבמעמד שלשתן קנה בעל כרחן של לוה או של נפקד דאי לא קנה אלא מרצונו למ"ד דוקא בפיקדון קנה למה הצריכו לתקן מע"ש יאמר לו זכי ואין נראה לומר דהוצרכו לתקן למקום שאין הפיקדון ביד הנפקד אלא ביד אחרים דלא יועיל אם יאמר זכי דאף כשאין הפקדון ביד הנפקד נקנה באודיתא כדאמר התם (ב"ב דף קמ"ט) אדהכי נפקא אודיתא מבי איסור גיורא עכ"ל התוס' ונראה לפי עכ"ד טעם הדבר דלא מועיל אם יאמר לו זכי אם אין הפיקדון ביד הנפקד דכתב התוספות שם (בדף י"א ע"ב) ד"ה כל וכו' דבזכי בעינן שיהיה דעת אחרת מקנה אותו ולכן כשאין הפיקדון ביד הנפקד ליכא דעת אחרת כיון שאין הפיקדון בידו ואף שכתב התוספות בריש מציעא בד"ה ויחלקו וכן במנה שלישי דמדמי בגמרא לטלית חשיב דהוא שהנפקד תופס בחזקת שניהם כאילו הם עצמם מוחזקים בו עכ"ל מ"מ כשאין הפקדון ביד הנפקד רק אצל אחרים אף אם מונח ביד אשתו ובניו של הנפקד שאף דאמרינן שם (בדף ל"ו ע"א) אמר רבא כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד עכ"ל הגמרא מ"מ זה לא מיקרי מונח ברשות המפקיד דכיון שלא הפקיד המפקיד אצלו רק דהוה כאילו נתן לו רשות שאם יהיה ברצון הנפקד למסור לאשתו ובניו הרשות בידו לא אמרינן שהפקדון הוא בחזקת המפקיד ונפקא מינה לכמה דברים אך מחמת כי זה מילתא חדתא ולא נתברר הדבר אצלי כעת לכן לא אאריך בזה ואם יהיה ה' בעזרי דעתי בלא נדר לכתוב מזה לקמן יהיה איך שיהיה שמוכח מדברי התוספות הנ"ל כשאין הפקדון ביד הנפקד לא מהני זכי וגבי אודיתא מהני כדהוכיחו התוספות מהך דאיסור גיורא הנ"ל וי"ל שהוכחת התוספות מאיסור גיורא הוא כך דהא יכול רבא להפקיד התריסר אלפי זוזי ביד אשתו ובניו דזהו מותר כדאמרינן בב"מ הנ"ל ולא יועיל מה שיודה איסור גיורא התריסר אלפי זוזי לרב מרי בריה ולמה לא עשה רבא כן אלא ודאי דאודיתא מהני אף בשאין פיקדון ביד הנפקד לפ"ז אף לדעה זו דאמרינן מיגו וקנה הכל אף שהחפץ שאינה מועיל בה קנין אינה ברשותו

ברשותו מ"מ בעינן שיהיה ביד הנפקד אז קנה הכל אבל אם אין ביד הנפקד רק אצל אחרים לא קנה רק החפץ שמועיל בה קנין כמו דאמרינן גבי קנין זכי · ולפי מה שכתבתי דטעמא של דבר הוא מחמת שאם אין הפיקדון ביד הנפקד ליכא דעת אחרת מקנה אותה בודאי לפי דעה זו דאמרינן מיגו מ"מ בעינן דעת אחרת מקנה אותה כמובן והיכא שהוא ביד אחרים החפץ שאין מועיל בה הקנין ליכא דעת אחרת · לכן הולך איסור גיורא להקנות לרב מרי בריה התריסר אלפי זוזי דוקא באודיתא דזה מהני אף כשיפקיד רבא התריסר אלפי זוזי ביד אחתו וכניו כמ"ש התוס' הנ"ל :

ועוד צ"ל לתרץ דהא אבעי לן בגמרא בקדושין (דף כ"ו) אי בעינן גבי קנין אגב צבורים שיהיה אותן המטלטלין מונחים באותה קרקע או לא ואף דאמרינן שם (בדף כ"ז ע"א) והלכתא צבורין לא בעינן · מ"מ חזינן דבתחילה רצה הגמרא לומר דבעינן צבורין בקנין אגב וקנין אגב יש לו סמך מן המקרא כדאיתא התם · ולכמה דיעות הוא מדאורייתא כדכתבתי לעיל בזה הפרח · לכן צ"ל דאף לפי דעה זו דאמרינן מיגו היינו דוקא כשהחפץ הוא ברשותו אז אמרינן מיגו כמו גבי קנין אגב אף שיש לו סמך מקרא מ"מ רצה הגמרא לומר דבעינן צבורין · אבל כשאינה ברשותו אינו גוררת החפץ המועיל בה קנין שיהיה נקנה גם החפץ שאין מועיל בה קנין זה אגב זה כיון שאינה ברשותו דזה מיקרי ג"כ קנין אגב כדנקטו האחרונים בזה הלשון שחפץ זה נקנה אגב זה · וגרוע יותר הוא מקנין אגב המוזכר בגמרא שזה אין לו סמך מקרא וגם בזה יש פוסקים החולקים ואומרים דלא מהני אגב זה · ולפ"ז לא יוכל להקנות איסור גיורא התריסר אלפי זוזי שהיה לו אצל רבא לרב מרי בריה באופן זה שיקנה גם עמהם חפץ אחר שישנו ברשותו · לכן הולך להקנותם באודיתא · זה היה נראה לכאורה מצד הסברא · אבל נראה לפענ"ד שמוכח מהגמרא דהקנין שהוא מחמת מיגו עדיף יותר מקנין אגב · דהא להדעה דלא קנה כלל דאמרינן כי היכי דבטל הקנין על הדבר שאינה מועיל בטל הקנין גם על דבר המועיל יהיה קשה דהא קיי"ל קני את וחמור קנה מחצה עיין בדברי הסמ"ע בסימן ר"ג בס"ק י"ט התירץ על זה · ולפי הנראה עיקר התירץ כמ"ש ביאורי הגר"א הנ"ל דכל שכללן בדיבור אחד אמרינן כי היכי דבטל אצל זה בטל גם לדבר השני · אבל גבי קני את וחמור לא כללן בדיבור אחד ועיין לעיל בדברינו בפירוש דברי הגר"א · והוכיח זה הסברא מדברי הרא"ש בפרק האיש מקדש סימן כ"ג ומדברי הר"ן שם ומדברי הרב המגיד בפרק ט' מהלכות אישות הובא דבריהם בחלקת מחוקק בסימן מ"א ס"ק ד' עיי"ש · וכיון שעיקר יסודתם של בעלי הדעה דלא קנה כלל על הגמרא דקידושין (דף נ"א) בין לפי תירץ הסמ"ע הנ"ל ובין לפי תירץ ביאורי הגר"א שהרא"ש והשארי פוסקים הנ"ל הוציאו זאת הסברא מהך דקידושין הנ"ל · לפי דברי הרמב"ם ור"ש בעל הלכות שפסקו דאף הנכריות אינן מקודשת עיי"ש בדבריהם דפריך שם הגמרא על המשנה מעשה בחמש נשים ובהם ב' אחיות וליקט אחד כלכלה של תאנים ושלהן היתה ושל שביעית היתה ואמר הרי כולכם מקודשת בכלכלה זו ואמרו חכמים אין אחיות מקודשת אחיות הוא דאינן מקודשת הא נכריות מקודשת היכי דמי אלימא דאמר כולכם קני את וחמור הוא ואת וחמור לא קנה עכ"ל הגמרא · וגם תירץ הסמ"ע הוא נ"כ מהגמרא הנ"ל עיי"ש כי קצרתי בדבריו · אך העתקתי לשון הגמרא לפי צורך דברינו שאבאר לקמן שמזה מוכח דקנין שעל ידי מיגו עדיף מקנין אגב :

פרח ד אות יח

אך מקודם נחקור הא דפסק השו"ע בח"מ ס' ר"ב סעיף ח' המקנה עבדים וקרקעות כאחד · החזיק בעבדים לא קנה הקרקעות החזיק בקרקעות אם היה עבדים בתוכה קנה ואם לאו לא קנה עכ"ל השו"ע · וכשהקנה מטלטלין דלא ניידי אגב קרקע אפילו הי' המטלטלין במדינה אחרת ג"כ קנה כמו שכתב שם בסעיף ב' דדוקא במטלטלין דניידי בעינן שיהיה עומדין בתוכה ומה הוא מיקרי מטלטלי דניידי דווקא עבדים אבל שאר בעלי חיים כגון בהמות דינם כמטלטלי דלא ניידי כמו שפסק בסעיף ה' שם וכתב ע"ז הסמ"ע בס"ק י"ב דאע"ג דניידי מ"מ כיון דאין להן דעת עצמן אינן דומים לעבדים כמו שיתבאר דינם בסמוך ס"ט ודבריו נובעים מדברי התוספות דב"ק · וכיון דמה שבעינן בעבדים שיהיה עומדים בתוכה הוא מפני שיש להם דעת · צריכין אנו לבאר אם עבדים שמקנה אגב קרקע רוצים שיהי' נקנים לאיש הקונה הקרקע אי בעינן ג"כ שיהיה עומדין בתוך הקרקע שמקנה לו או לא · לכאורה נראה מסתימת דברי הפוסקים שלא חילקו בזה ומשמע דאף אם רוצין עבדים לזה שיהיה נקנים בעינן ג"כ שיהיה עומדים בתוכה דאל"כ הוה להם לאיפלוגי · אך צריכין אנו לבאר הטעם מפני מה עבדים כיון שיש להם דעת בעינן שיהי' עומדים בתוכה מאי חילוק יש לנו בין יש להם דעת או אין להם דעת · ולכאורה לפי דברי השיטה מקובצת לב"מ (דף י"א ע"ב) ד"ה רב פפא וכו' ומנא תימרא וכו' והיכא למידק דהא סברא נכונה הוא לחלק בין מציאות למתנות דהיכא דעת אחרת ומאי קבעי מנא תימרא וי"ל דהיכא סברא לאידך גיסא וכיון שכן שקולין הן ולא תחלוק ביניהם והכי איכא למימר ומה מציאה דאין אדם מחזיק אלא מן הפקר לא קני לה עד דקאי בצד שדיהו מתנה שיש מי שמחזיק לה לכ"ש שצריך כח להוציא מחזקתו · ואי קאי בצד שדיהו אין ואי לא לא ומאן דאומר ומנא תימרא יש לו שתי סברות אלו ובעי מנא תימרא ולפ"ז יש טעם מפני מה בהמות לא בעינן שיהיה צבורין בתוכה כשמקנה אותן אגב קרקע דכיון שאין להם דעת לא הוה כמוציאן מחזקתן ואזלינן בתר דעת המקנה אותן ברצונו שיהי' נקנים לאיש הקונה הקרקע לכן נוחה לקנות אפילו אם אין צבורין בתוכה קונה אותם אגב קרקע לפי דברי השיטה מקובצת הנ"ל · אבל גבי עבדים כיון שיש להם דעת אף ברצון המקנה אותן שיהיה נקנה לאיש הקונה הקרקע מ"מ כיון דיש להם דעת ואין ברצונם של עבדים שיהיו נקנים לאיש הקונה הקרקע הוה כמו שמוציאן מחזקתן · דכיון דיש להם דעת והוא מוחזק בגופו אין נוח לקנות אגב קרקע כיון שלא היה הקנין גוף עבדים רק בקרקע לכן בעינן שיהיו עומדין בתוכה ומפני זה נוחה לקנות אף שלא היה קנין בגופם · ולפ"ז אם רצון עבדים שיהי' נקנים לאיש הקונה הקרקע לא הוה כמוציאן מחזקתן כיון דרצונם לזה וגם דעת המקנה אותן ג"כ רוצה להקנות אותם · ולפ"ז לא בעינן שיהי' העבדים עומדים בתוכה אם מקנה אותם אגב קרקע · אך נראה לי להביא ראיה דגם בזה בעינן שיהי' עבדים עומדים בתוכה דאיתא בב"ק (דף י"ב ע"א) והתניא החזיק בקרקע קנה עבדים ומשני הגמרא התם עומדים בתוכה ופריך הגמרא הניחא וכו' אלא להך לישנא דאמר עבדי כמקרקעי דמי ל"ל עומדים בתוכה וכו' וכתב על זה השיטה מקובצת בד"ה ל"ל וכו' וקשה וכו' י"ל דמשמע ליה דקים ליה דהך ברייתא דהחזיק בקרקע קנה עבדים מיהא ככל מילי כההיא דלעיל ולא פליגן אלא בההיא דלעיל תנא החזיק בעבדים לא קנה קרקע והכא קתני קני וכו' הר"ר ישעיה ז"ל עכ"ל דקודם לזה מביא הגמרא הברייתא מכר לו עבדים וקרקעות החזיק בעבדים לא קנה קרקעות בקרקעות לא קנה עבדים קרקעות ומטלטלין החזיק בקרקע קנה מטלטלין במטלטלין לא קנה קרקע וכו' עד כאן לשון הגמרא · ולפי דברי שיטה מקובצת איתא ברישא החזיק בקרקע קנה עבדים ואחר כך תני בסיפא קרקעות ומטלטלים החזיק בקרקע קנה מטלטלים וכן כתב בספר פני יהושע שם כדברי השיטה מקובצת · ולפי גירסה הישנה שהיתה בגמרא איתא בהך ברייתא שמביא קודם לזה בסיגנון זה דהחזיק בקרקע קנה עבדים וגם אם החזיק בקרקע קנה מטלטלים ואחר כך פריך הגמרא והתניא החזיק בקרקע לא קנה עבדים ומשני הגמרא התם בעומדים בתוכה פירוש דהברייתא שמביא קודם לזה מיירי שעומדים בתוכה עיין בספר תורת חיים שם בד"ה הא קי"ל וכו' עי"ש שהאריך בזה · ואי נימא דאם רוצים עבדים ג"כ שיהיו נקנים לאיש הקונה

קרקע

קרקע שמקנה אגב הותן לא בעינן שיהיו עומדים בתוכה למה צריך הגמרא לשנויי בעומדים בתוכה הברייתא מיתוקמא בתרי טעמא · דבסיפא דקתני החזיק בקרקע קנה מטלטלין לא בעינן שיהיה צבורין בתוכה כדקי"ל דמטלטלי דלא ניידי אפילו המה במדינת הים ג"כ קני כדכתבתי לעיל ובהחזיק בקרקע קנה עבדים מוקי הגמרא בעומדים בתוכה לפ"ז הוה הרי טעמא עיין בב"מ (דף מ"א ע"א) דזה מיקרי תרי טעמי · ומוכח בשבת (דף פ"ו ע"א) דלמאן דלא מוקי כתנאי ופירש"י דהוא ר"י דמוקי בב"מ (דף מ"א) הנ"ל גבי הביות דרישא ר' ישמעאל וסיפא ר"ע כדי שלא לאוקמי בתרי טעמא משבש ותני שהורה · ומאן דמוקים כתנאי ולא בתרי טעמא התם בב"מ הנ"ל מוקים הכא ג"כ כתנאי · ולא משבש ותני · הרי חזינן דתרי טעמא הוא כמו שמשבש הברייתא אליבא דחד מ"ד · ולפ"ז למה ליה להגמרא לשנויי בעומדים בתוכה דהוה תרי טעמא הוה ליה להגמרא לשנויי דמיירי דגם עבדים רצונם שיקנו לאיש הקונה קרקע שמקנה אותם אגבה לכן קני וזה לא הוה תרי טעמא כלל דבהחזיק בקרקע קנה מטלטלים כיון שאין להם דעת מוציאין מחזקתן כי תלוי בדעת המקנה בלבד וגם עבדים רוצים לזה ג"כ אין מוציאין מחזקתן · ומדלא משני הגמרא כדכתבתי מוכח מזה דאף אם עבדים רוצים שיהיו נקנים אגב קרקע הוה ג"כ לא קנה לכן הוצרך הגמרא לשנוי בעומדים בתוכה · ולפ"ז לא נוכל לומר דהטעם הוא דבעינן בעבדים שיהיו עומדים בתוכה מפני שיש להם דעת כמו שכתבתי לעיל ע"פ דברי שיטה מקובצת דבב"מ הנ"ל דהוה כמו שמוציאין מחזקתן דהא הוכחתי מהגמרא דב"ק הנ"ל דאף אם יהיו רוצין עבדים לזה הקנין ג"כ בעינן שיהיה עומדין בתוכה וזה לא הוה כמוציאין מחזקתן בודאי כמה שכתוב לעיל :

לכן נראה דהטעם הוא דכיון שיש להם דעת אינה בטלים אגב קנין הקרקע דבעבדים לא עשה שום קני' לכן בעינן שיהיה עומדים בתוכה ומשום זה בטלו אגב קנין הקרקע ונקנים אגבה אף שלא עשה בגופם שום קנין · מה שאין כן בבהמות דאין להם דעת בטילים הם לגבי קרקע ונקנים אגב קנין הקרקע אף שלא עשה בגופם שום קנין ואין עומדים בתוכה · ולפ"ז מוכח דקנין על ידי מיגו עדיף מקנין אגב דהא גבי קנין אגב אם יש להם דעת אינם בטלים אגב קנין הקרקע ובעינן שיהיה עומדים בתוכה ובקדושין איתא שאם אמר הולכם מקודשת לי והיה בהם אחיות אף הנכריות אינה מקודשת עיין לעיל שהעתקתי דברי הגמרא · והטעם הוא דכמו שבטלו הקידושין אצל האחיות ג"כ בטל אצל הנכריות ואי אמרינן דקנין אגב דומה לקנין מיגו אמאי בטלו הקידושין אצל הנכריות דכיון שיש להם דעת אינה ראוי שיהיו בטלים זה מחמת זה כמו שאמרינן לגבי קנין אגב · דאינה בטל מפני שיש להם דעת · אלא ודאי דקנין ע"י מיגו השובה יותר מקנין אגב · והטעם הוא דבקנין אגב לא עשה שום קנין בגוף עבדים לכן אינם בטלים אגב קנין הקרקע מפני שיש להם דעת · אבל גבי קנין ע"י מיגו כיון שעשה בשניהם קנין וגבי קידושין קידש גם את הנכריות וכיון דבקנין אחד או בקדושין אחת כללן שניהם אף שיש להם דעת אמרינן כי היכי דבטל הקנין או הקידושין לגבי אחד מהם בטל גם אצל השני כיון דבחד מעשה כללן השניהם · וזה ג"כ ניחא לפי דברי שכתבתי לעיל שעיקר תלוי אם עירב זכותם יחד הדבר המועיל אם הדבר שאינו מועיל אף שיש להם דעת כיון דעירב זכותם ועשה קנין בגופם וקדושין בכולן אמרינן כי היכי דבטל אצל זה בטל גם אצל השני כיון שכללן ועירבן זכותן במעשה אחד · ולפ"ז גם לפי הדעה דאמרינן מיגו שחל הקנין על דבר המועיל חל הקנין על דבר שאינו מועיל ג"כ עדיפא יותר מקנין אגב דכיון שכללן ועירב זכותן בקנין אחד שעשאן בשניהם אמרינן דקנה הכל דחל הקנין ע"י מיגו אף שיש להם דעת כגון שהקנה מטלטלים ומכר גם את עצמו לעבד עברי בק"ש דע"ע אינה נקנה בחליפין לפי דעת המשנה למלך בפ' ב' מהל' עבדים הלכה א' והוכיח כן מדברי התוספות דקידושין (דף ה') וגם הביא בשם הרב מוהרימ"ט בחידושיו לקדושין (דף ל"ז) והוכיח כן מקידושין (דף ע"ז) · אך לפי הדעה דאמרינן מיגו וקנה הכל ה"כ קנה גם הע"ע דכיון שביחד מכר לו חפץ שמועיל בה קנין אף שיש להם דעת אמרינן מיגו כי היכי דלפי הדעה דאמרינן דבטל הקנין גבי שניהם אף שיש להם דעת מ"מ אמרינן כי היכי דבטל אצל הדבר שאינו מועיל כגון גבי עבד עברי שזה בודאי מיקרי בן דעת בטל גם הקנין אצל החפץ שמועיל בה ולא אמרינן כיון שיש בו דעת ענינים נפרדים המה אף שכללן ועירב זכותם · הכי נמי להדעה דאמרינן מיגו אם הדבר שאינה מועיל הוא בן דעת אעפ"כ קנה כיון שכללן ועירב זכותן עם הדבר שמועיל בה קנין ולא אמרינן שענינים נפרדים המה ואינה גוררת זה את זה דעדיפא יותר מקנין אגב · דכיון שעשה הקנין בגופם של אותן שני הדברים היינו בדבר המועיל ובדבר שאינה מועיל ועירבן זכותן אמרינן מיגו וגוררת זה את זה · וכיון שהוכחתי דקנין ע"י מיגו עדיפא יותר מקנין אגב וקנין אגב קי"ל דאפילו המטלטלין במדינה אחרת ג"כ קני אגב קרקע ה"נ בקנין ע"י מיגו שעדיפא מקנין אגב נקנה הדבר שאין בו מועיל אף שאינה ברשותו אם עירב זכותו בתוך דבר המועיל בו קנין · וכן לדעת הסמ"ע בסימן ר"ג הנ"ל שכתב הטעם דהמקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם דלא קנה הדבר שלא בא לעולם אף להדעה דאמרינן מיגו מפום דלא שייך בה שום קנין · מה שאין כן במעות יש קנין בהגבהה עיי"ש · משמע דבלא טעם זה היה קנה אף דדבר שלא בא לעולם בודאי אינה ברשותו וכן כתב בשער המלך בפ' כ"ב מהלכות מכירה בסוף הלכה ה' כדברי הסמ"ע וכתב ג"כ שכן דעת מהר"י חיון וגם הרב כנה"ג סימן ר"ג בהגהות ב"י אות ע' וז"ל ומפורש בה דמיגו דחייל אדבר שבא לעולם חייל נמי אדבר שלא בא לעולם ודבר שלא בא לעולם אינה ברשותו בודאי כמובן · וכן דעת הגאון בעל ישועות יעקב בסימן קע"ו. והבאתי לעיל דלדעת השוברים דאמרינן מתוך שקנה זה קנה זה קנה ג"כ אם כאחד הוא דבר שלא בא לעולם · וכיון שהסכימו כל הני גאונים בתראי דלהסוברים דאמרינן מיגו וקנה הכל קנה ג"כ אם הדבר שאינו מועיל אינה ברשותו וגם הבאתי ראיה לדבריהם · הכי נקטינן שלא כדברי הבעל נודע ביהודא בכתב שלא קנה אם הדבר שאינה מועיל אינה ברשותו · ונ"מ לדינא דמבואר לקמן בקיצורי דינים בשם בני חייא שהביא שם גדולי הפוסקים שסוברים דאם תפס המקבל מתנה או הלוקח את הדבר שאינו מועיל אין מוציאין מידו · כן הדין אם תפס המקבל מתנה או הלוקח הדבר שאינו מועיל וגם לא היה ברשותו בשעת הקנין ג"כ אין מוציאין מידו :

ודרך אגב אכתוב דין אחר מה שיצא מדברינו דלעיל דהמוחזק בשניהם היינו החפץ שמועיל והחפץ שאינו מועיל יכול לומר קים לי כהנך פוסקים דס"ל דלא קנה כלל כיון שגם הרמב"ם ור"ש בעל הלכות הובא דבריהם בח"מ סימן מ"א והבאתי לעיל דבריהם סוברין כן לפי דעת ביאורי הגר"א ולפי דברי הנודע ביהודא הנ"ל כיון שכללן בדיבור אחד אמרינן כיון דבטל אצל זה בטל גם אצל השני ולפי הנראה הוא דעת הרא"ש גם כן שהביא בקידושין הנ"ל הדעה זאת בתחלתה :

הדרן לדברינו שלהדעה דאמרינן מיגו וקנה הכל אף שדבר שאינו מועיל בשעת הקנין לא היה ברשותו אמרינן ג"כ דקנה הדבר שאינו מועיל · ולפ"ז קמה קושיתינו מהך דב"ב (דף קמ"ט ע"א) דאמר רבא שם היכי ניקנינהו אמתי לא הקנה איסור גיורא לרב מרי בריה התריסר אלפי זוזי באופן זה שיקנה לו חפץ המועיל בה קנין ויאמר לו חפץ זה וגם התריסר אלפי זוזי שמונח ביד רבא יהיו קנוים לך דזה מיקרי עירב זכותן כדכתבתי לעיל לפי הדעה דאמרינן מיגו וקנה גם הדבר שאינה מועיל בה קנין התריסר אלפי זוזי אף שאינם ברשות איסור גיורא כדכתבתי והבאתי ראיה לזה · וגם ביארתי שהגאונים בתראי סוברים כן לבד הנודע ביהודא · אך נ"ל לתרץ על פי דברי הרמב"ן שכתב במלחמותיו ה' בריש

פרק

פ' רביעי דב"ק על הך סוגיא דהתוקע לחבירו נותן לו סלע בד"ה ועוד וכו' ועוד אמרו המקדש במלוה אינה מקודשת וכן במקח וממכר הלואה כדבר שלא בא לעולם דמיא עכ"ל · וכן כתב השיטה מקובצת בב"ק (דף ק"ד) ועיין בח"מ סימן רי"א ובביאורתיו לעיל ולפ"ז אם התריסר אלפי זוזי שהיה ביד רבא היה בהלואה לפי דברי הרמב"ן דינו כדבר שלא בא לעולם · וגם אף אם נאמר דהתריסר אלפי זוזי היה בתורת פיקדון ביד רבא מיירי שלא נתן לו צרורין והתומים ויש לו רשות להשתמש בהם כמ"ש הסמ"ע בסימן ע"ה ס"ק י"ב דמעות מן הדרך שנותן אותו להשכיחן פירש להתעסק בהם כדי שיעלה רווח מן המעות וגם אי לא אמינא כסברתי שכתבתי לעיל דהיכא דהפקיד ביד אשתו ובניו של הנפקד דלא הוה כמונח ביד הנפקד דכיון שיש לו רשות להפקיד ביד אשתו ובניו הוה כמו שמונח הפקדון ביד הנפקד יהיה מוכח מדברי התוספות גיטין (דף י"ג ע"ב) ד"ה גופא וכו' והבאתיו לעיל דמשום הכי לא היה יכול איסור גיורא להקנות לרב מרי ע"י זכיה דאולי מונח הוא ביד אחרים · מוכח מזה דלא יכול לומר דצרורין והתומים היו דלא הי' יכול רבא להפקיד ביד אחרים כדאמרינן בב"מ (דף ל"ו ע"א) דאין שומר רשאי למסור לשומר אחר וכן הוא בב"ק ובגיטין ובודאי שיה מונח ביד רבא או ביד אשתו ובניו א"כ יכול להקנותם ע"י זכיה · אלא בודאי מיירי דלא היו צרורין והתומין ויכול להשתמש בהם ומשום זה יכול להפקידם גם ביד אחרים דהא מותר להוציאם לצרכו · וגם בדברינו דלקמן מבואר עוד הוכחה דלא מיירי שהתריסר אלפי זוזי היו צרורין והתומין וכיון דמיירי דהתריסר אלפי זוזי שהיה ביד רבא או שהיה בדרך הלואה או שהיה פיקדון באופן שמותר להשתמש בהם לפ"ז ג"כ לא יכול להקנותם ע"י חפץ שמועיל בה קנין וגם יקנה לו התריסר אלפי זוזי ויערב זכותם כמ"ש לפי הדעה דאמרינן מינו וקנה הכל דרבא יכול להוציאם לצרכו · לפ"ז אף אם היה פקדון הרי הוא כמלוה והוי כדבר שלא בא לעולם וכבר הוכחתי דאינו יכול להקנות דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם אף שיערב זכותם גם לפי הדעה דאמרינן מינו וקנה הכל · דכיון שאין הקנין יכול לחול על דבר שלא בא לעולם מהשתא כדכתבתי לעיל לא אמרינן מינו עיין בדברינו לעיל שביארתי טעם הדבר באריכות · וכ"ת הא כתב הגאון חכם צבי בהגהותיו על הט"ז וכן הא"ת בסוף סימן ע"ג דמעות פקדון אף שאין צרורין והתימין יכול להקנותו ואם עדיין לא הוציאן ובאו הבעלים צריך להחזירן בעין ואינו יכול להחליף ליתן אחרים תחתיהן וחולקין על הט"ז והש"ך והביאו ראיות ברורות לזה · א"כ לפ"ז לא מקרי אם היה התריסר אלפי זוזי מעות פיקדון אף שלא היו צרורין והתומין דבר שלא בא לעולם ויהיה קשה לפי הדעה דאמרינן מינו אמאי לא הקנה התריסר אלפי זוזי ע"י דבר המועיל קנין כדכתבתי · דיש להרץ דמשום טעם זה צריכין להקנותם התריסר אלפי זוזי רק באודיתא דאיסור גיורא יהי' חושש אולי יוציאם רבא וא"כ הוה לוה על המעות לכו"ע ומקרי דבר שלא בא לעולם · ומשום זה לא היו יכולים להקנותם בצירוף דבר המועיל בה קנין דבדבר שלא בא לעולם לא אמרינן מינו כדכתבתי לכן הקנה התריסר אלפי זוזי ע"י אודיתא · ולא תקשה לך על דברינו מהא דאיתא בב"מ (דף מ"ג ע"א) במשנה המפקיד מעות אצל שולחני אם צרורין כו' אם מותרין ישתמש בהם לפיכך אם אבדו חייב באחריותן וכו' עכ"ל המשנה · ואמרינן בגמרא שם אמר רב הונא ואפילו נאנסו והא אבדו קתני כדרבה דאמר רבה נגנבו בלסטים מזוין אבדו שטבע ספינתו בים ור"נ אמר נאנסו לא א"ל רבא לר"נ לדידך דאמרת נאנסו לא אלמא לא הוי שואל עלייהו אי שואל לא הוי ש"ש נמי לא הוי א"ל בהא מודינא לך דהואיל ונהנה מהני בהנאה הנאה דאי מתרמי ליה זבינא דאית בה רווחא זבין בהו הוי עלייהו ש"ש והתוספות כתבו שם בדף (כ"ט ע"א) ד"ה והוי שואל עלייהו דלמ"ד אם חייב באחריות אונסין אף אם לא הוציא הוי כלוה ואף אם המעות בעין אין צריך להחזיר הם עצמם והוכיחו זאת מהגמרא ועיין בח"מ (ס' רל"ב בש"ך ס"ק ט') וגם עיין בחידושי הר"ן שם ואי אמרינן דהתריסר אלפי זוזי שהיה באופן שיכול להוציאן אף אם לא הוציא אינו מחויב להחזיר אותן המעות עצמן · ולפ"ז הוה כדבר שלא בא לעולם אף אם לא הוציא ואמאי אמר רבא שם אי בחליפין פירש דיקנה איסור גיורא ע"י ק"ס אין מטבע נקנה בחליפין אי אגב קרקע לית ליה ארעא מאי צריך רבא לומר דמשום זה אין יכול להקנותם בקנינים האלו הא בלאו הכי לא היה יכול להקנותם בקנינים האלו דדבר שלא בא לעולם הוא ומדהוצרך רבא לומר הטעם דאינו יכול להקנותם בקנינים האלו מפני הטעם המוזכר בהגמרא לכאורה מוכח דהתריסר אלפי זוזי היו צרורין והתומין ואינו יכול להשתמש בהם י"ל דודאי רבא קבלה מר"נ מה שאמר ליה (בב"מ דף מ"ג) הנ"ל מדפסקו כל הפוסקים כר"נ ואי הוה פליג עליו רבא היה להם לפסוק כרבא דהוא בתרא אלא ודאי דרבא לא פליג עליו רק שאל הטעם דרב נחמן דביה הוה כידוע · ולפ"ז אף אם לא היה התריסר אלפי זוזי צרורין והתומין באופן שמותר להשתמש בהם מ"מ אם עדיין לא הוציא מחויב להחזיר אותן המעות עצמם וקנה בחליפין אם היה חפץ אחר או אגב קרקע לכן אמר רבא הטעם המוזכר בגמרא · וכ"ת כיון דלא הוציאן הא יכול להקנותן התריסר אלפי זוזי בצירוף דבר המועיל י"ל דלא סליק אדעתיה קנין אודיתא ומה שלא הקנה באמת ע"י קנין צירוף דבר המועיל · כבר ישבתי לעיל · וכ"ת הא יכול רבא להוציאם ולפ"ז הוה דבר שלא בא לעולם ומשום זה אינה נקנה בחליפין או אגב קרקע די"ל דרבא לא היה רוצה להתחייב באחריות אונסין כיון דבלאו הכי לא מצי לאקנוי איסור גיורא מפני הטעם המוזכר בגמרא · ובזאת הסברא ניחא למה לא התחייב א"ע איסור גיורא לרב מרי בריה תריסר אלפי זוזי · ובודאי היה מחויב רבא לשלם לרב מרי · דאיסור גיורא לא רצה להתחייב א"ע דאולי יארע אונס ביד רבא ולא יהיה לאיסור גיורא מה לשלם לרב מרי בריה · וגם לא יכול איסור גיורא להקנות ע"י חיוב התריסר אלפי זוזי שהיה ביד רבא לרב מרי בריה · דהאו"ת בסי' ס' על סעיף ו' דיכול אדם לחייב א"ע בפירות דקל כשיגדלו אף שהוא כעת דבר שלא בא לעולם כתב שאם מת הנותן קודם שבא הדבר לעולם פקע שיעבודו · ולפ"ז אינה יכול להקנותם ע"י חיוב דהא יכול רבא להוציאם · וזה הוא ראיה לדברינו שהתריסר אלפי זוזי היה באופן שמותר להוציאם דאל"כ הא יכול רבא להקנותם ע"י חיוב ובדבר שבא לעולם סובר גם האו"ת דלא אמרינן כיון דמת פקע שיעבודו · ועיין בדברי קצה"ח סימן מ' דמה שיכול אדם להתחייב הוא מטעם אודיתא ולפ"ז נראה לכאורה להרץ כיון דקנין החיוב הוא מחמת אודיתא · וקנין אודיתא אמר רבא שם דבזה יכול להקנותם · אך הקצה"ח לא כתב זה רק אם היה החיוב בדיבור בעלמא שס"ל להרמב"ם דמהני והקשו כל האחרונים היאך מתחייב בדיבור בעלמא עיי"ש באורך · לכן תירץ דהחיוב הזה דמהני הוא מטעם אודיתא · אבל אם היה החיוב בשטר בודאי החיוב לא הוה מטעם אודיתא · נמצא לפ"ז הדרא קושיא לדוכתא הא יכול איסור גיורא להתחייב א"ע בשטר התריסר אלפי זוזי שהיה ביד רבא · וצריכין אנו לומר דהתריסר אלפי זוזי לא היו צרורין וחתומין באופן שמותר להשתמש בהם וכיון שמת יהיה פקע שיעבודו כדברי האורים ותומים הנ"ל ומשום זה הוצרך להקנות באודיתא וכ"ת הא יכול לשעבד איסור גיורא נכסים ע"ז החיוב וכשיש שיעבוד נכסים סובר ג"כ האורים ותומים דלא אמרינן כיון דמת פקע שיעבודו · די"ל דאם ישעבד נכסיו ע"ז החיוב מוכרח להתחייב את גופו אף אם יארע אונס ביד רבא בהתריסר אלפי זוזי · ובחיוב הגוף לא פקע שום שיעבוד מהגוף מחמת אונס · ובלא שיעבוד הגוף אין אדם יכול לשעבד נכסיו דנכסין דבר אינש איטן מערבין יתיה כדאיתא בב"ב (דף קע"ד ע"א) וערב לא משתעבד רק אם יש לוה לכן אם

יש חיוב הגוף נכסיו מערבין יתיה ואיסור גיורא לא רצה להתחייב את גופו לכך דאולי יארע איזה אונס לכן אמר רבא שיכול להקנותם רק באודיתא · הדרן לדברינו דצריכין אנו לתרץ הקושיא מה שלא הקנה איסור גיורא התריסר אלפי זוזי ע"י חפץ אחר שמועיל בה קנין ויערב בזכותן להדעה דאמרינן מיגו וקנה הכל משום דהתריסר אלפי זוזי הוה כדבר שלא בא לעולם · ובזה מודה גם הדעה דאמרינן מיגו דלא קנה הדבר שלא בא לעולם כיון שאין חל הקנין עד שיבא לעולם דכי אמרינן מיגו דחל הקנין על הדבר המועיל חל נמי על שאינה מועיל היינו דוקא היכא שנוכל לומר שחל הקנין מהשתא על שניהם אז קנה הכל:

ולפ"ז לכאורה לא נוכל לומר כיון דחל החיוב על השומר לשמור משום שהואיל הבעל הבית את החפץ על ידו ברשותו לכן חל החיוב על השומר לשמור כמו שמשועבד הערב שהואיל המלוה ממון על פיו שנתנס ללוה חל ג"כ החיוב על השומר עד שעה שתאנס כיון דאין החיובן חל על השומר בזמן אחד שהחיוב של השמירה הוא מעכשיו והחיוב האחריות הוא בשעה שתאנס לא אמרינן מיגו דחל החיוב ע"ז חל נמי החיוב ע"ז אף לפי דעה זו דאמרינן מיגו · אך נראה לי דנוכל לומר דאף דלא אמרינן מיגו לגבי קנין אם אינם בזמן אחד · מ"מ לגבי שיעבוד אמרינן · דמצינו דנתפס בשיעבוד יותר מבקנין כגון דאקני משתעבד מדאורייתא למ"ד שיעבודא דאורייתא כדכתבתי לעיל בין לשיטת רשב"ם בין לשיטת התוספות בין לרמב"ן וליכא מאן דפליג אף דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עיין בב"ב (דף קנ"ז ע"א) ברשב"ם ד"ה אלא וכו' אי נמי אלמוה רבנן לשיעבוד יותר מבקנין · וגם מדברי התוספות שם ד"ה דאקני וכו' משום דאלים כח השיעבוד עכ"ל · ועיין בסמ"ע בח"מ (סימן ס' ס"ק ב') · הכי נמי גבי חיוב אונסין אמרינן מיגו דחל החיוב של השמירה על השומר חל נמי החיוב אחריות אף שאין השיעבודים בזמן אחת · וכ"ת הדרא קושיא לדוכתא היכי מוכיח הגמרא בב"ב דאקני משתעבד מדבעל חוב גובה את השבח דנוכל לומר דגובה מחמת ששיעבד לו שניהם ביחד ומלד מיגו · ומה שכתבתי כיון שאין חל השיעבוד בבת אחת לא אמרינן מיגו הא גבי שומר אמרינן דבשיעבוד אמרינן מיגו אף שהוא אינו בבת אחת · די"ל דשפיר הוכיח הגמרא דאקני משתעבד דאין לומר מלד מיגו בע"ח גובה את השבח כיון שיש תרתי · חדא · דשלב"ל ואינו נקנית בשום קנין וגם אף אי אמרינן מיגו מ"מ לא חל השיעבוד עד לאחר שיבא לעולם · לכן לא אמרינן דיהיה גוררת השיעבוד שחל מעכשיו את השיעבוד של הנכסים דעתיד למקני כיון דהן רחוקין זה מזה לכן לא אמרינן מיגו מה שאין , כן גבי שומר שהשומר יכול לחייב שיהיה חיוב אחריות יחול עליו מעכשיו לכן אמרינן מיגו דחל החיוב אחריות על השמירה חל נמי החיוב אחריות אף שאינה חל עד שתאנס · וכ"ת הא אמרינן בב"מ (דף ט' ע"ב) דלא אמרינן תרי מיגו וכן פסק הרמב"ם פ"ב מהל' מתנת עניים הלכה י"ט · וה"נ הוה תרי מיגו · חדא · מיגו דחל החיוב השמירה חל נמי כחיוב אחריות שניה דלא נוכל לומר המיגו הזה עד שנאמר מיגו דיכול לחייב שיהיה חיוב אחריות יחול מעכשיו · ונמלא דהוה תרתי מיגו ותרתי מיגו לא אמרינן · דיש לתרץ דהא כתב רש"י בפסחים (דף ל"ח ע"ב) ד"ה או דילמא וא"ת בחלות מעשר גופא נמי תרי הואיל איכא הואיל ואי לא קרא לה שם והואיל אי מטמא פריק לה ואית ליה היתר במושבות הכא לא קרינן הואיל דבר שיש בידו לעשות לגרום לה טומאה מיד ופריק עכ"ל רש"י · הרי חזינן דאמרינן תרי הואיל · אי חד הואיל בידו לעשות הוא כדכתב רש"י וה"נ הך דאמרינן תרי מיגו · כיון דהמיגו שיכול לחייב א"ע השומר שיחול עליו חיוב אחריות מעכשיו בידו הוא לכן אמרינן תרי מיגו · ומה שאמרינן בב"מ הנ"ל דלא אמרינן תרי מיגו אף שהמיגו הוא בידו דהא מלינו בכמה ענינים בש"ס שאינה דומות להדדי עיין בתוספות חולין (דף פ"ח ע"א) ד"ה ור"י וכו' שמונה התוס' כמה וכמה סוגיות שבמקום זה אמרינן זאת הסברא ובמקום אחר לא אמרינן · שנית נוכל לומר דלא תקשה מהך דב"מ דהתם גבי קנין לא אמרינן תרי מיגו אבל גבי שיעבוד דאלים כוחו יותר אמרינן · ולפי מה שכתבנו יהיה ניחא מה שכתבו התוספות בכתובות (דף פ"ב) דלכן אמר ר"י דאם אמר משוך פרה זו ותהא קנויה לך מעכשיו ולאחר שלשים יום דבעינן שיהיה עומדת באגם לאחר ל' יום דר"י אזיל לשיטתי' דס"ל בקדושין (דף נ"ט) דשיורי שייר בקניניה עד שלשים יום ולכן בעינן שתהיה עומדת באגם שתהיה במקום הראוי למשיכה · ואמאי בעינן דיהיה עומדת באגם הא ה"ל למימר דקנה במיגו דחל הקנין מעכשיו קצת מגוף הפרה חל נמי הקנין שתהא קנויה ליה כולה גופה דפרה לאחר שלשים יום ובשני דברים המועיל בהם קנין אמרינן מיגו לכו"ע כדאכתוב לקמן · אבל לפי מאי שכתבנו ניחא כיון דאין שני הקנינים בזמן אחד ובבת אחת לא אמרינן מיגו ·

ובזה יהיה ניחא דברי הרמב"ם דפ"ב מהל' מכירה ופסק תשיעי מהלכות גירושין לפי פירש הרב המגיד בדבריו דפוסק הגמרא בכתובות (דף פ"ו ע"ב) הך בעי דאם אמר הרי זה גיטך ולא תתגרשי בו אלא לאחר שלשים יום מדרב נחמן דהאומר לחבירו משוך פרה זו והא קנויה לך עד לאחר שלשים יום דאבעיא מיירי בדלא אמר מעכשיו ודרב נחמן מיירי בדאמר מעכשיו ואפי"ה פוסק הגמרא דמגורשת כמו דקנה הפרה · וכתבתי לעיל דקשיא לן דאם נימא דהרמב"ם יפרש כפירש התוספות דמעכשיו ולאחר שלשים יום שיורי שייר בקניניה וגם אם נימא דהרמב"ם מפרש דמעכשיו ולאחר שלשים קניה לו הפירות מעכשיו · והגוף לאחר שלשים יום · יהיה קשה הא נוכל לומר דאמרינן מיגו דקנה החלק קצת מהפרה לפי פירוש התוספות · ולפי פירש האחרון דמעכשיו קנויה ליה הפירות חל נמי הקניה על כולה גופה דהפרה לאחר שלשים יום · ולא נוכל לומר דהרמב"ם לא סובר כדעה זו דאמרינן מיגו דבהא כו"ע מודים דאמרינן · דע"כ לא פליגי אלא אם הקנה דבר שאינו מועיל עם דבר המועיל אבל כשהקנה שני דברים המועילים בהן קנין אמרינן מיגו לכו"ע · עיין במרדכי שם · אבל לפי מאי שכתבנו ניחא כיון דאין שני הקנינים חלין בזמן אחד ובבת אחת לא אמרינן מיגו ולכן בעינן שתהיה עומדת הפרה בסוף שלשים יום באגם ופסט הגמרא הך בעיא דגט · דמיירי בדלא אמר מעכשיו מהך דמשוך פרה וכו' אף דבגט מיירי דלא אמר מעכשיו · כמ"ש הרב המגיד כיון דבכתיבה מתגרשת דהגט הוא קיים אף לאחר שלשים מה שאין כן גבי משוך פרה כלתה משיכתו תיכף נמלא לאחר שלשים יום אין לו במה לקנות לכן בעינן שתהא עומדת באגם בסוף שלשים יום דהוה כמשיכה אריכתא אם עומדת באגם כמ"ש הראשונים · אך עדיין נשאר מה דקשיא לן האיך פסט הגמרא בבעיא דגט ממשוך פרה לפי מה שכתב הרב המגיד לדעת הרמב"ם שאיבעיא בהך דמשוך פרה בדאמר מעכשיו ואם יפרש הרמב"ם כפירוש התוספות דמעכשיו יתחיל הקנין אך שיורי שייר בקניניה עד שלשים האיך נוכל לפשוט דדילמא גבי הך דמשוך פרה כיון דהתחיל הקניה מעכשיו רק שנגמרת כשיכלה השלשים יום לכן קנה אם עומדת באגם · אבל לגבי גט דלא התחיל הגירושין כלל מעכשיו וכשיכלה השלשים יום אז יתחיל הגירושין ונגמרת נוכל לומר דאינה מגורשת · וגם לא נוכל לומר דהרמב"ם יפרש כפירש הר"ן דמעכשיו קונה הגוף והפירות לאחר שלשים יום בודאי לא נוכל לפשוט איבעי' דגט דמשום הכי קנה גבי פרה כיון דגוף הפרה קנויה ליה תיכף רק שיש להמוכר זכות פירות בעלמא לכן כשיכלה השלשים יום קנויה להלוקח גם הפירות · מה שאין כן גבי גט · כיון דלא אמר מעכשיו דלא יש שום רית הגט קודם שכלה השלשים יום לכן נ"ל דהרמב"ם יהיה מפרש דאם אמר מעכשיו קנויה לו מעכשיו רק הפירות בעלמא והגוף הפרה לאחר שלשים יום · ולר"י נוכל לפרש כך דר"י אזיל לשיטתיה דסובר בסוף פרק השולח דקנין הפירות כקנין הגוף דמי לכן מהני קנין משיכה כיון דיש לו קנין פירות הוה כמו שיש קניה בגוף הפרה · משא"כ לדידן דפסקינן דקנין

פירות

פירות לאו כקנין הגוף דמי האיך מהני קנין דמשיכה כיון שאין ליה קניה בגוף הפרה כמ"ש החידושי הר"ן והנ"י פרק השואל לפי דעת הראשונים דלכן לא מהני משיכה גבי ש"ח וש"ש כיון דאין לו קניה בגוף החפץ · ואף לשיטת הסוברים שם דמהני משיכה וגם בש"ח וש"ש · כתבתי לעיל דהוא רק שהתקינו רבנן בשומרים ופועלים אף דלא יהיה להם קניה בגוף הדבר ואף על פי כן יהיה מהני הקנין משיכה אבל גבי מכירה לא מהני קנין משיכה אם לא יהיה להלוקח קניה בגוף הדבר שלקח עיין מה שכתבתי לעיל מילתא בטעמא · והבאתי ראיה לזה · אבל נ"ל דהרמב"ם אזיל לשיטתיה כמ"ש ההורת חיים ב"מ (דף נ"ו) ד"ה והאי נמי ביומיה מכירה הוא וכו' ותימא דהרא"ש ז"ל כתב דשכירות יש בו משום דינא דבר מגרא משום דשכירות ליומיה ממכר הוא · וכן כתב הטור בשמו בס' קע"ה וגם הרמב"ם ז"ל בפ"ז מהל' שכירות כתב כשם שמתנה אדם כל תנאי שירצה במקח וממכר כך מתנה בשכירות שהשכירות מכירה לזמן קצוב הוא וכן כתב הטור וכתב הרב המגיד מפורש בהזהב · אלמא דבשאר דוכתי נמי אמרינן דשכירות ליומיה ממכר הוא מדקאמר סתמא והאי נמי ביומיה מכירה משמע דלאו מיתורא יליף לה כו' עכ"ל · (ועיין בח"מ סימן שט"ו ס"ב ובביאורי הגר"א שם בס"ק ג') וכיון דהרמב"ם סובר דשכירות ליומיה ממכר הוא ויש לה קניה בגוף החפץ ששכר כיון שיכול להשתמש בה כרצונו מכ"ש כשאמר משוך פרה ותהא קנויה לך מעכשיו ולאחר שלשים יום דקנה כל הפירות של הפרה מעכשיו יש לו קניה בגוף הפרה לשיטת הרמב"ם · לכן מהני קנין משיכה · וכ"ת האיך נוכל לומר דהרמב"ם סובר דשכירות ליומיה ממכר והוה כמו שקונה גוף השדה על משך זמן השכירות הא כתב הרמב"ם בפ' כ"ג מהלכות מכירה דין ה' והובא בשו"ע (בסימן רי"ב בסעיף ד') המוכר גוף הקרקע לזמן קצוב הרי זה מכירה ומשתמש הלוקח בגוף כחפצו ואוכל הפירות כל זמן המכירה ובסוף החזיר לבעליו ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירות · שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס · אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם עכ"ל · ולכאורה דברי הרמב"ם סתרי הדדי דאם נימא דשכירות ליומיה ממכר הוא והוה כמו שמכר על זמן משך השכירות וה"ה כשמכר את השדה לפירות דכ"ש דיש ליה קניה בגוף השדה כיון דהפירות היוצא מגוף השדה מה שאין כן בשכירות שהוא רק לשימוש בעלמא ואינו יוצא השימוש בגוף הקרקע והוה כמו שמכר הגוף הקרקע על זמן בנמכרת לפירות והאיך כתב הרמב"ם שיש חילוק לדינא בין המוכר קרקע על זמן קצוב ובין המוכר לפירות · ונ"ל דהלעת הדבר כך היא ומתחלה נקדים מה שכתב הריטב"א והביאו הבעל מחנה אפרים בדיני הל' שכירות פועלים · והנה דעת הריטב"א בחידושיו פ"ק דמציעא גבי יד פועל כיד בע"ה דפועל גופו קנוי לבעה"ב כמו ע"ע ומאי דמצי הדר ביה היינו משום דלא גרע מע"ע שאע"פ שגופו קנוי מגרעת נפדיונו ויוצא כמו כן פועל עוזב שכרו ויוצא עכ"ל · ואח"כ כתב המחנה אפרים בסוף סימן א' דלכאורה דברי הריטב"א סתרי אהדדי דאיהו גופא כתב בפרק הזהב גבי שכירות יש לו אונאה דשכירות פועלים לא הוה ממכר ועי"ש · ומתרץ שהוא מחלק בין היכא דנשכר אצל בעל הבית לכל מלאכה דאז חשוב גופו קנוי דיכול לשנותו לכל מלאכה שירצה משא"כ בשוכר פועל למלאכה ידוע דאין זה חשוב קנוי אצלו שהרי אינו יכול לשנותו למלאכה אחרת · ומטעם זה כתב איהו גופא בפ' האומנין גבי אם שכיר הוא אינו נותן לו אלא שכרו כיון שנהגם דה"ד כששכרו למלאכה ידוע אבל אם שכרו לעשות לו כל מלאכה דינו כמו ע"ע ועי"ש · ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם דאף דכתב דשכירות ליומיה ממכר הוא וגופא קנוי להשוכר היינו דוקא כששכר חפץ או קרקע לעשות בה כל מה שירצה להשתמש אז גופה קנוי ליה להשוכר בלבד על משך זמן השכירות · אבל כששכרו רק לשימוש פרטי כגון פרה להוליכה בהר או לבקעה שדה כגון לשטוח בה פירות וכדומה לזה ואינו יכול לשנות להשתמש שימוש אחר לא בפרה ולא בקרקע הרי הן השוכר והמשכיר שותפין בדבר כל זמן משך השכירות · ומיושב דברי הרמב"ם שלא סתרי אהדדי דכיון שהוא קנוי לו רק לפירות בלבד על זמן מה ואינו רשאי הלוקח לעשות שימוש אחר בקרקע רק לחרוש ולזרוע כדי שיגדל פירות לכך הלוקח והמוכר לפירות הם שותפין בקרקע זה לכן אינו רשאי לבנות ולהרוס וכו' כמ"ש הרמב"ם אבל כשמכר שדהו על זמן קצוב ולא פרט איזה שימוש שיעשה בה הרי קנוי גוף השדה להלוקח בלבד על זמן שמכר ויכול לבנות ולהרוס וכו' · ומפני זה ניחא מה שמוכח מדברי הרמב"ם פ"ז מהל' שכירות דשכירות ליומיה ממכר הוא אף דסתם שכירות הוא לשימוש פרטות ולא לכל דבר שרוצה לעשות בהחפץ או בהקרקע שמושכרת לו דכיון שכתבנו דאף אם נשכרת לו לשימוש פרטי · מ"מ יש להשוכר קניה בגוף הדבר המושכרת רק שגם המשכיר יש לו גם כן שותפות אף בתוך זמן השכירות · ולפ"ז ניחא גם הך דמשוך פרה ותהא קנויה לך מעכשיו ולאחר שלשים יום דאף אם נאמר שרק הפירות קנוי ליה מעכשיו מ"מ יש לו קניה בגוף הפרה לכן מהני קנין משיכה · ואעפ"כ ניחא דברי הרמב"ם לפי דברי הרב המגיד שפושט איבעי דגט דמי רי בדלא אמר מעכשיו מהך דמשוך פרה דמיירי בדאמר מעכשיו כיון דהקניה בגוף הפרה שהוא קנוי ליה לפירות אם נאמר דלא קנה גוף הפרה כשיכלה השלשים יום הוא רק קנוי לו עד שלשים יום וכשיכלה הל' יום בטל הקניה שאין להלוקח אף הפירות של הפרה · וכיון דבטלה קניות גוף הפרה ג"כ בטלה קנית הפירות דאין סברא שיהיה קנויה למלאין דהמכירה היה לאחר שלשים יום על גוף הפרה ומחמת הקניה הראשונה דאמר מעכשיו ג"כ יהיה להלוקח הפירות לאחר שלשים יום דהקניה דפירות היה רק על שלשים יום דזה אין סברא לומר כן · נמצא לפ"ז כשיכלה השלשים יום כלה הקניה דפירות ומתחיל קניה אחרת בגוף הפרה ואפילו הכי אמרינן גבי משוך פרה דקנה גוף הפרה אף דיכלה הזכות שיש להלוקח בהפרה ואפ"ה קני ה"נ גבי גט אף דלא אמר מעכשיו מגורשת · ולפי מאי שכתבתי דברי הרמב"ם והריטב"א עולים בקנה אחד כמו שמחלק הריטב"א גבי פועל אף דס"ל דגופיה קני מ"מ אם שכרו רק למלאכות פרטות אין גופו קנוי · כמו כן ס"ל להרמב"ם גבי שכירות אף דאם גופו קנוי להשוכר לבד הייט רק היכא שיכול לעשות כל מה שירצה אבל אם שכרו לאיזה דבר פרטי המשכיר והשוכר המה שותפין בדבר בתוך זמן השכירות דמצינו שגם הריטב"א ריש פ"ק דמציעא גבי כי זכה רחמנא להלוכי בה וליקוטי פאה למהוי חצירו לא זכה ליה דמכאן נראה דחצר דאין לאדם בו רק דריסת הרגל ללכת בו לבית שיש לו במקום אחר שאינה כחצירו לקנות ליה וכו' דאין חצר שאולה קונה לו אלא כשהיא שאולה לשתמש בו ובהלכה בה לחוד אין לו בה אלא הליכה בלבד עכ"ל והובא בש"ך (סימן קל"ח ס"ק ו') ומחלק ג"כ כמ"ש לדעת הרמב"ם ויכול להיות שאף אם שכר חצר לשימוש פרטי דהוה השוכר והמשכיר שותפים · מ"מ אינה קונה העני את הפאה דזה מקרי שימוש אחר דאם נאמר דבע"ה והעניים הם שותפין בהשדה אם קנה שום חפץ מהעני אינה יכול לזכות הבע"ה החפץ שמונח בתוך השדה שהורת קנין חצר דהא קי"ל חצר השותפין אינן קונין זה מזה עיין ב"ב (דף פ"ד ע"ב) · לפי זה כוה שימוש אחר ועל דבר זה לא הקנה לו כחצר לכן אין לו ד' אמות בחצר לזכות בה את הפאה :

ולפי דברינו יהיה ניחא הא דאמרינן בפסחים (דף ד' ע"א) דהמשכיר בית לחבירו אם מסר לו מפתחות קודם ארבעה עשר על השוכר לבדוק ואי אמרינן דשכירות לא קני כלל אינו חייב לבודקה ואינו עובר על בל יראה וקושיא זו הקשה בעל מקור חיים בסימן ת"מ באות ה' על השגות אריה · ולפי דברינו ניחא דהשוכר והמשכיר שותפין הן בהבית ולכן הוה החמץ שלו אף דחצר השותפין אינן קונין זה מזה · דלענין זכות החפץ הוה הבית של השוכר לבד דמסתמא אדעתא דהכי המשכיר השכיר לו שיזכה בהחמץ כדי שלא יעבור על

של ירצה ושל ימלא ולא יהיה שום זכיה לבעה"ב בהבית בעת שקונה השוכר את הזמן המוגה שם בתורת שכר וכעין זה כתב הש"ך (בסימן שי"ג ס"ק א') בשם הריב"ש · ולפי דברינו ג"כ ניחא מה שהשוכר חייב במזוזה כדאמרינן בבבא דוכתא בש"ס וכן חייב השוכר במעקה דגבי דידהו הדין דבית השותפין חייב במזוזה ובמעקה כדאמרינן בריש פרק ראשית הגז · אך עדיין נשאר לנו ליישב הא דאמרינן בכמה דוכתי טלית שאולה פטורה כל שלשים יום מן הציצית עיין במנחות (דף מ"ד ע"א) ולכאורה קשה לפי דברינו אמאי פטורה הא אמרינן בריש פרק ראשית הגז דטלית שותפין חייבת בציצית · אך מסוגיא זו יש ראיה לדברינו דאיתא התם (בדף קל"ו ע"א) ציצית אע"ג דכתב רחמנא כסותך דידך אין דשותפות לא כתב רחמנא על כנפי בגדיהם לדורותם ואלא כסותך ל"ל לכדרב יהודא דאמר רב יהודא טלית שאולה פטור מן הציצית כל שלשים יום עכ"ל הגמרא · ולכאורה קשה אם נאמר דשכירות לא קניה כלל בגוף החפץ שהשכיר כמו שס"ל התוספות דפרק הזהב (דף נ"ו) ותוספות דע"א (דף ט"ו) ותרומת הדשן ריש סימן שי"ח והשגת ארי' סימן פ"ג ולפי דעה המ"א סימן רמ"ו ס"ק ח' · אמאי איצטריך כסותך למעט טלית שאולה הא ידעינן זאת מהכתוב דעל כנפי בגדיהם דמשמע דצריך להיות לו עכ"פ שום חלק בהבגד אז חייב בציצית · אבל אם אין לו שום חלק בהבגד פטור מציצית כגון טלית שאולה כיון דשכירות לא קניא כלל · לכן נ"ל דאדרבה מזה הוציא הרמב"ם דשכירות קניא ולכן אין אנו יכולין למעט מהכתוב דעל כנפי בגדיהם דטלית שאולה יהיה פטור מציצית דאף אם שאל לו רק לאיזה דבר פרטי עכ"פ השואל והמשאיל שותפין הן בגווה על משך זמן השאלה לכן כתב רחמנא כסותך דבעינן שיהיה כסותו לעולם · אף דבגד שותפין ג"כ חייב בציצית · כיון דהחלק השותפות שיש לו בהבגד לעולם הוא · מה שאין כן גבי שואל אף דיש לו שותפות בגווה כל ימי השאלה · מ"מ כשכלה זמן השאלה אין לו חלק בה פטורה · דזה משמעינו הקרא דכסותך שיהיה כסותו לעולם ואף אם יהיה שותפות יהיה שותפות לעולם · ולדברי שאר הפוסקים דס"ל דשכירות לא קניה צריכין ליישב דלא יהיה מוקשה כ"כ מהגמרא דחולין הנ"ל · דבלא קרא דכסותך הוה אמינא דטלית שאולה חייב בציצית דשכירות קניה בכל מילי כמו שגילה לנו התורה גבי אונאה דלגבי שכירות קניה דאיתא בהזהב (דף נ"ו) הנ"ל · לכן משמעינו קרא דכסותך דממעט שאולה דפטורה ומזה ידעינן דשכירות לא קניה לכל מילי רק גבי אונאה גלי רחמנא דממכר הוא · אך לפי דברי הרמב"ם רווחא שמעתתא דחולין כמ"ש ומתיישב שפיר אליביה · ולא תקשה על דברינו דהא אם נתן הט"ק במתנה על מנת להחזיר חייב בציצית והא גם התם אינה קנויה לו רק לפי שעה ואפילו הכי חייב בציצית · וה"נ גבי טלית שאולה לפי שיטת הרמב"ם כמ"ש וכן מבואר בנימוקי יוסף ובחידושי הר"ן פרק השואל שהבאתי לעיל דיש להשואל קניה בגופה כל ימי שאלתו · אמאי אין חייבין בציצית די"ל במתנה על מנת להחזיר שאני דהמקבל מתנה אם מחזיר לו בלא קנין אינה קנויה להנותן רק צריך בעת שמחזיר המתנה שקיבלה על מנת להחזיר להקנות להנותן בקנין המועיל דאם אמר לו יהיה שלך עד שתלא בו ואח"כ יהיה שלי כבתחילה לא הוה חזרה דלא הוה כמו שאול כמו שפסק השו"ע באו"ח (בסימן תרכ"ח סעיף ג') ומפני זה לא יתנו אתרוג ביום ראשון לקטן מפני שהקטן קונה ואינו מקנה לאחרים מן התורה כדאיתא בסוכה (דף מ"ו ע"ב) (עיין במגן אברהם שם ס"ק ו') מכל זה מוכח דבמתנה על מנת להחזיר צריך להקנותם מחדש · ולפ"ז ניחא דאף אם נתן הבגד של ארבע כנפות על מנת להחזיר חייבת בציצית דכל זמן שאין מקנה אותה להנותן הוא שלו עולמית לכן חייבה בציצית מה שאין כן גבי טלית שאולה כשמחזירה אין צריך שום קניה להקנות להמשאיל רק כשכלתה זמן שאלתה אף שהוא ביד השואל הרי הוא של המשאיל · ולכן כיון שאין לה קנין רק לפי שעה לכן פטורה מן הציצית :

ומה שקשה על דברי הרמב"ם פרק ו' מהלכות שכירות הלכה ה' הגזל וכו' אבל אם הבהמה של אחרים הגזל של בעל השכר שאלירו של אדם קונה שלא מדעתו אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים שהקשה על זה הב"י בח"מ סימן שי"ג כיון דס"ל דשכירות ליומיה ממכר נקנה הגזל אף שהוא של בהמות אחרים לשוכר ואמאי פסק הרמב"ם שהוא של המשכיר · כבר תירץ הלחם משנה בפ"ז שם בהלכה א' בשם הרב מהורר מרדכי מטאלין זלה"ה בחתימת פסק אחד של מהר"י אדרבי ז"ל בפסקיו סימן שכ"ו תירץ לקושיא דעטמא דלפי מה שנראה מפי' הרמ"ה בסוגית הגמרא הוי כאילו פירש ואמר שלא השכיר השכר כי אם לתשמיש הצריכים לו אבל בזכות שהיה לו מדברים אחרים כגון שיהיה אצירו זוכה לו לא זכה לו · ולפיכך הוא שלו עכ"ל :

אך עדיין נשאר לנו לבאר לפי מה שכתבנו דאם השכיר איזה דבר הוא השוכר והמשכיר שותפין במה שהשכיר דלא יהיה קשה מע"א (דף ט"ו ע"א) שכירו מי קניא (פירש דלא יעבור המשכיר על שביתת בהמתו אם השכירה לעכו"ם) · והא תנן אף במקום וכו' אלא ש"מ דשכירות לא קניא (פירוש ועובר המשכיר משום שביתת בהמתו מה שעושה העכו"ם מלאכה בה) עכ"ל הגמרא · ולפי מאי דמשמע לכאורה מדברי המגן אברהם בסימן רמ"ו ס"ק י"ג דאם יש לישראל וא"י בהמה בשותפות אינו עובר הישראל במה שעושה עכו"ם מלאכה בשבת בבהמת השותפות שכתב שם וז"ל שאין כאן משום שביתת בהמתו כיון שיש לא"י חלק בו עכ"ל · ולפ"ז מאי מסיק בגמרא שם דהמשכיר עובר על שביתת בהמתו הא לפי דברי הרמב"ם לפי מה שכתבתי סובר דיש לא"י השוכר שותפות בבהמה המושכרת לו ולמה עובר המשכיר · דלא קשה כלל דהמעיין בתשובת הריב"ש גופה שממנו כתב המגן אברהם הנ"ל דבריו שם הובא בב"י בסוף סימן רמ"ה ששם כתב בזה הלשון אף אין כאן משום שביתת בהמתו מאחר שיש לא"י חלק בבהמות ואינו נמנע מעשות בהם מלאכה על כרחו של ישראל דמשמע דמשום הכי אינו עובר הישראל מה שעושה א"י מלאכה בבהמה המשותפת להם משום דא"י עושה בעל כרחו של ישראל · אבל להמשכיר בהמתו לא"י שיעשה בה מלאכה בשבת אף שיש לא"י שותפות בה · מ"מ עובר הישראל המשכיר כיון שמשכירה אדעתא דהכי שיעשה מלאכה בשבת · לכן ניחא מה שמסיק הגמרא בע"א שם דשכירות לא קניה (פירש דאינה קנוי לגמרי להשוכר כמו שהיה בס"ד דגמרא שם דבשכירות קנוי לגמרי) · ולפ"ז אינו עובר הישראל המשכיר כלל כיון שאין להמשכיר חלק בה לכן מסיק דשכירות לא קניה דישראל המשכיר והא"י השוכר שותפים הם ועובר הישראל המשכיר כיון שמשכירה אדעתא דהכי שיעשה הא"י מלאכה בבהמה השכורה לו · ולפ"ז יהיה ניחא דברי הגהות אשרי בפ"ק דע"א בסוף סימן כ"ב הנ"ל וז"ל רבינו אפרים ברבי יצחק כתב שאם שכר ישראל בהמה ואמר א"י אחריו בשבת חייב חטאת דשכירות קנויה קצת עכ"ל והמגן אברהם בסימן רמ"ו ס"ק א' העתיק בשם הגהות אשרי וז"ל ואם ישראל שכר מא"י בהמה מלווה על שביתתה דשכירות קניא לחומרא עכ"ל עי"ש מה שהקשה ומה שתירץ ועיין בקונטרס אחרון של שאגת אריה בסימן פ"ג · אבל לפנינו איתא כמ"ש · מזה מוכח דס"ל לרבינו אפרים דשכירות קניה כדברי הראשונים שאכתוב לקמן מדכתב דחייב חטאת · ואי כדברי המגן אברהם דשכירות לא קניה רק לחומרא היאך מביאין חולין לעזרה מספק ובפרט שהוא רק חומרא בעלמא · לפ"ז מוכח דרבינו אפרים סובר דשכירות קנוי לגמרי · וגם יהיה ניחא תירץ של המגן אברהם לפי גירסת הספרים שבידינו דגלאו האחרונים מאין הוציא הרבינו אפרים דין זה · ולפי מה שכתבנו לעיל בשם חידושי הר"ן והנ"י פ' השואל שגם המה סוברים דהשוכר יש לו זכיה בגוף הדבר שהשכיר ויסודתם על זה דאם לא כן למה מהני הקנין משיכה כיון דאין להם זכיה בגוף הדבר יש ראיות מן הגמרא לרבינו אפרים הנ"ל כמו שהוכיחו הנ"י והר"ן

והר"ן גם וכן הוא דעת הרא"ש והרשב"א והרמב"ם הובא דבריהם במחנה אפרים בהלכות שכירות סימן ה':

דינים היוצאים מהפרח הזה

מאות ב יוצא

א דאם הקונה שני דברים המועיל בהן קנין כגון אם הקונה בק"ס שתי פרות אחת תהיה קנויה לו עכשיו והשניה תהא קנויה לו לאחר שלשים יום לא קנה השניה כיון דקודם השלשים כלתה קניתו דהדרא הודרא למרה ואף הדעות שהובא ברמ"א בסימן ר"ג סעיף י' מודים בזה דלא קנה הפרה שהקנה לאחר שלשים יום וגמר דברינו מזה הדין מבואר באות י"ב:

ב אם הקונה דבר שאין בו ממש עם דבר שיש בו ממש אין מוציאין מיד המוחזק אם תפס הדבר שאין בו ממש לפי מה שכתב ספר בני חייא בסימן ר"ג דאם הקונה שני דברים ואחד מהן אין מועיל בו הקנין דמוציאין מיד המוחזק וקנה הכל כפי הדעה השניה הובא ברמ"א גם וכתב גם שכן כתב מ"ל ח"ב ס' ל"ו וס' יו"ד וס' י"ז וס' ל' וס' כ"א כתב דהמוציא מחבירו עליו הראיה: וכ"כ לחם רב בסימן מ"ט וקל"ג והרש"ה סימן י"ז וסימן ל' · הר"ש דיאשבונין ס' כ"ה · מהר"ר עזריה יהושע והר"ר כלב קלאפו בתשובות כתיבת יד וגם כתב גם שהר"י שאשאן במהרי"ט ח"מ ס' נ"ב כתב שראה רבותיו לא היו חושבין לסברות אלו ואפילו להכרעת הרבינו שמהם ז"ל ואפילו להחזיק ומדבריו למדנו דהלכה כמ"ד דקנה הכל עכ"ל בני חייא:

מאות ה יוצא

ג דין אם הלוה את הכהן או את העני להיות מפריש עליהן התרומות ומעשרות ולא נתן המעות רק התחייב בעל הבית בשטר ללות על התרומות ומעשרות פליגי בזה הרמב"ם עם הראב"ד שהרמב"ם סובר שבעל הבית מחויב להלות ואינו יכול לחזור והראב"ד ס"ל דיכול לחזור כיון דלא נתחייב בשטר רק מחמת שמכר הכהן או העני התרומות ומעשרות ובמכירה יכול לחזור הבעל הבית כיון שלא נתן המעות עדיין גם יכול לחזור מהחיוב שהתחייב להלות את העני ובודאי שבעל הבית המוחזק אין מוציאין מידו דהמוציא מחבירו עליו הראיה:

ד דין הפוסק על שער השוק והוא מצוי לקנות וקיבל המוכר דמי המכירה המוכר יכול לחזור ולא הלוקח:

ה דין דאם קנה המוכר אח"כ הרבה כורין חטים והוא לא פסק על שער השוק רק על כור אחד ונשרף אחד מהם יכול המוכר לומר לו כור שלך נשרף דלא כדמשמע מבעל נתיבות המשפט בח"מ ס' ר"ט:

מאות ו יוצא

ו דין אם אמר קרקע ודקלים אני מוכר לך ואין לו דקלים והקנין היה במעות · המוכר יכול לחזור ולא הלוקח כן הוא דעת הרמב"ם לפ"ז המוחזק יכול לומר קים לי כיון שבמחבר פסק בסימן רע"ז סעיף ה' כהרמב"ם ובפרט שהראב"ד ג"כ מסכים לזה שאין הלוקח יכול לחזור וגם הוא דעת התוספות בבכורות דף י"ח כמבואר בפנים:

מאות ז יוצא

ז דין אם התחייב אדם לחבירו ליתן לו דבר שלא בא לעולם אינו מחויב באחריותו דליכא שיעבוד נכסים על זה אם לא שביעבד בפירוש:

ח דין אם התחייב ליתן דבר שאינו ברשותו אף שהוא מצוי לקנות אינו חשוב כאילו ברשותו וה"מ אם מת קודם שבא לרשותו אין מחויבין היורשין ליתן כיון דמת פקע חיובו דלא כבעל נתיבות המשפט סימן סנך שכתב דאם מצוי לקנות אף במתנה אמרינן דהוה כאילו ברשותו:

מאות ט יוצא

ט דין דקנין אגב הוא מן התורה וה"מ לכמה דברים:

י דין אם שיעבד מטלטלין אגב קרקע אם אין בהשיעבוד הזה רק מטלטלין שיש לו · ומת ומכרו היורשין המטלטלין מחויבין היורשין לשלם דלא כמ"ש הכנה"ג הובא דבריו בקצות החושן סימן ק"ז ס"ק ז' אך אם יש בהשיעבוד הזה גם מטלטלין דעתיד למקני אף אם מכרו היורשין המטלטלין שהיה לאביהם בעת שעיבד ג"כ אין מחויבין לשלם:

מאות יב יוצא

יא דין לפי מה שכתב בני חייא שאם החזיק בדבר שאינו מועיל קנין אינו יכול להוציא מידו עיין לעיל באות ב' שהבאתי כן בשם גדולי הפוסקים דלפי דבריהם אם אמר החפץ זה שמועיל בה קנין וגם החפץ פלוני שאינו ברשותו וגם אינה מועיל בה קנין יהיה קנויה לך ביחד אם תפס המקבל מתנה או הלוקח את הדבר שאין מועיל בו קנין אין מוציאין מידו שלא כדברי הנודע ביהודה שסובר דבזה כו"ע מודים דלא קנה הדבר שאינו מועיל בה קנין:

יב דין דהמוחזק יכול לומר קים לי כהך דעה שסובר דלא קנה אף הדבר המועיל בה קנין:

יג דין אם יש בהמה המשותפת לישראל ולא"י אם הא"י עושה מלאכה של ישראל מעצמו בבהמה זו בשבת אף שבשאר מלאכות אם הא"י עושה מעצמו אין הישראל מחויב למחות אותו שלא יעשה עבורו מ"מ הכא מחויב הישראל למחות שלא יעשה מלאכתו בבהמה המשותפות להם כדי שלא יעבור על שביתת בהמתו אף דלכאורה מן המגן אברהם לא משמע כן אך המ"א דולג איזה תיבה מתשובות הריב"ש כמבואר בפנים:

יד דין אם השכיר אתרוג לאחר כגון לצאת בו אם אין לו אחר ונוטלה ביום ראשון אסור לברך עליו אף שלפי פירש המגן אברהם בדברי רבינו אפרים דרק לחומרא אמרינן דשכירות קניא לפ"ז בודאי לא שקיין הנך פוסקים המה דעת התוספות ותרומת הדשן והנ"י וריב"ש שהמה סוברים דשכירות לא קניא בודאי עיין בש"ך בריש סימן ש"ג שהוכיח שסוברים הפוסקים כן מפני ספיקותו של רבינו אפרים ובפרט שכתב שרק חומרא בעלמא · לפ"ז היה יכול לברך על האתרוג שהשכיר אך לפי מה שמבואר בפנים שדעת רבינו אפרים כהרא"ש והרשב"א ומהר"ם והריטב"א והרמב"ם וגם האית דמפרשי הובא בנ"י פרק השואל סוברים דשכירות קניא והוה כאילו שותפים בדבר השוכר והמשכיר כמו שמבואר בפנים · לכן אם נטל ביום ראשון אין לברך עליו אף שדעת רבינו יונה הביאו הרא"ש בחולין ריש פרק כיסוי הדם וכן הר"ן פרק ב' דשבת דף כ"ג בשם יש מפרשים דיש לברך בספק של תורה אף ע"ג דהברכה מדרבנן · לפ"ז לכאורה יש ס"ס ספק דילמא כהנך פוסקים דסוברים דשכירות לא קניא וגם יש פוסקים שסוברים דספק במצוה דאורייתא אף שהברכה מדרבנן מ"מ מברכין עליו · ובאגודת אזוב בעמק סוכות בדרוש רביעי חלק על הפ"מ וסובר דבס"ס מברכינן מ"מ נראה לי דהכא אין לברך עליו · חדא דאין זה ס"ס גמור דאם תאחוז הצד דילמא קי"ל כהנך פוסקים דסוברים דשכירות קניה לא תוכל עוד לספק בדבר ולומר דאולי יש לברך · שנית דהספק הראשון היינו ספק אי שכירות לא קניא הנך פוסקים מיעוטא לגבי הנך פוסקים שסוברים דשכירות קניה וגם הספק השני דאולי יש לברך במצוה דאורייתא אף שיש בה ספק גם המה מועטים נגד כל הפוסקים עיין באגודת אזוב שם באות י"ח:

פרח ה

ולבאורה יש להביא ראיה לשיטת הרמב"ם והרא"ש והרשב"א ומהר"ם והריטב"א שהבאתי בפרח

הקודש דס"ל דשכירות קניא דהא דאמרינן בע"א (דף ע"ו) דשכירות לא קניא היינו דלא קנה לגמרי אבל מ"מ קונה להיות שותף בגוף וביארתי זאת בפרח הקודש באר היטיב · לכאורה יש להביא ראיה לדבריהם מב"ק (דף מ"ח ע"ב) תנו רבנן כנוס שורך ושמרו הזיק חייב הוזק פטור כנוס שורך ואני אשמרנו הוזק חייב הזיק פטור · הא גופא קשיא כו' רב פפא אמר כולה רבי היא וסבר לה כר' טרפון דאמר קרן בחצר הניזק נזק שלם משלם הלכך אמר ליה שמרו לא מקני ליה מקום בחצר והוי ליה קרן בחצר הניזק וקרן בחצר הניזק משלם נזק שלם · לא אמר ליה שמרו אקנוי אקני ליה מקום בחצר והוי ליה חצר השותפין וקרן בחצר השותפים אינו משלם אלא חצי נזק עכ"ל הגמרא · ומדקאמר אקנוי אקני ליה מקום בחצר אף שבודאי אינה קנויה ליה המקום לגמרי שיעשה בהחצר כל מה שירצה דהא לא השכיר לו החצר שיעשה בה כל מה שלבו חפץ רק הקנה ליה מקום בחצירו שישמור בה שורו ולא לדבר אחר · וזה הוי כמו שהשכיר מקום בחצר לעשות בו איזה דבר פרטי כגון לשמור שורו בלבד או לשטוח פירות בלבד · ואפילו הכי אמרינן דקנוי ליה המקום והשוכר והמשכיר הוי שותפין בהחצר · ולפ"ז יש ראיה לדברי הפוסקים הנ"ל שאם השכיר איזה דבר שיעשה איזה שימוש פרטי · השוכר והמשכיר הוי שותפין בדבר · אך נראה לפענ"ד דאין מכאן ראיה דלכאורה קשה לפי שיטת הרמב"ם ולהפוסקים שסוברים כוותי' (הובא בח"מ ס' רמ"א סעיף ד') דאם מקנה איזה דבר לחבירו צריך לסיים הדבר ואם אינה מסוים לא קנה והא גם הכא לא סיים לו המקום שבאיזה מקום בחצירו יעמוד שורו והיכי אמרינן דאקנוי' מקנה ליה מקום בחצירו ולכאורה מוכח דאף אם לא סיים הדבר שמקנה לו ג"כ קנוי · וכ"ת דהא מבואר שם דאם אמר לו חלק כך וכך בשדה פלונית הואיל וסיים השדה אע"פ שלא סיים החלק נוטל אותה חלק מהפחות שבאותה שדה · ולפ"ז נוכל לומר דגם הכא מיקרי מסוים כיון שסיים לו את החצר אע"פ שלא סיים המקום שבחצר · אבל נלפענ"ד דז"א דלא נקרא מסוים רק אם אמר לו חלק רביעי או שמינית מחצירו אבל סתם להחזיק השור ואינו ידוע כמה בודאי דבר שאינו מסוים מקרי כיון שיכול לברור לו מאיזה חצר שירצה ואיזה מקום ואין שיעור למקום אינו מסוים מקרי דדוחק לומר שאמר לו חלק כך וכך מחצירו יהי' שייך לו · ולפ"ז לא סיים לו אף החצר ואמאי קנה המקום בהחצר לפי שיטת הרמב"ם ולהפוסקים שסוברים כוותיה דלא קנה אם אין הדבר מסוים · ואף לפי מה שישבנו דברי הרמב"ם הנ"ל כל הקושיות שהקשו עליו הראשונים ז"ל ומתוך זה העליתי דסובר הרמב"ם דיש אופן שקונה הדבר שאינה מסוים · אך זה לא קנה המקום בחצירו לפי שיטת הרמב"ם הנ"ל אף אי אמרינן כמו שישבתי :

וזה הוא התירץ שהארכתי בדברי הרמב"ם מה שהקשו עלי' הראשונים ז"ל · חדא קושיות התוספות בגיטין (דף ט') ד"ה לעולם שהקשו על רש"י שסובר ג"כ כהרמב"ם דדבר שאינו מסוים לא קנה מדתנן בפרק בית כור (דף ק"ז) חצי שדי אני מוכר לך יניח לו חצי שדהו ומפרש התם דלוקח נוטל כחוש דיד בעל השטר על התחתונה · אלמא קני אם אינה מסוים · שנית קושיות הר"ן שם מפרק בתרא דמנחות דאמר רב הונא בר חייא בית בביתי אני מוכר לך ונפל מראהו כפל עבד בעבדי אני מוכר לך ומת מראהו מת אלמא קנה אע"פ שאינו מסוים · וגם לכאורה קשה על הרמב"ם מב"ב (דף ס"ט ע"ב) דאם זבין ליה ארעא ודקלי חזינן אי אית ליה דקלי יהיב ליה תרי דקלי ואי לית ליה זבין ליה תרי דקלי הרי מוכח מזה אף דלא סיים לו איזה תרי דקלי זבין ליה מ"מ מחויב ליתן ליה תרי דקלי · ולזה הקושיא רמז המשכנות יעקב בחלק ח"מ סימן מ"ט · ונלפענ"ד לתרץ כל הקושיות בחדא מחתא דמה שכתב הרמב"ם דאם הקנה דבר שאינו מסוים לא קנה היינו דוקא כשהקנין היה בשטר או בחזקה אבל היכא שהקנין היה בכסף קונה אף דבר שאינו מסוים · וטעמא רבה יש בזה כמ"ש הרשב"ם בב"ב (דף ס"ז ע"א) ד"ה כיון כו'

וכדמפרש בפ"ק דקדושין שנתן לו דמי כולן · דכיון דקיבל המוכר כל הדמים של עשר השדות הרי אשתעבד כולהו ללוקח בשביל מעותיו שנתן לו · ודי לן בחזקת אחת מהן · וה"נ אם הקנין היה בכסף ונתן לו דמי המקח אשתעבד כולהו ללוקח בשביל מעותיו שנתן לו ולכן אף דבר שאינו מסוים ג"כ קני דנוחה לקנות כיון שיש שיעבוד מכבר על זה ללוקח · וכעין זה כתב רש"י בב"מ ואביא דבריו לקמן אי"ה ועיין בב"ב (דף נ"ה) ברשב"ם ובתוס' וברא"ש שם בע"ב · ולפ"ז לא קשה מהך דבית כור הנ"ל שהקשו התוס' והשאר מפרשים וכן מהך דפרק בתרא דמנחות שהקשה הר"ן והשארי מפרשים וכן מהך דתרי דקלי שהקשה המשכנות יעקב · שעם מיירי דהקנין היה בכסף לפיכך קונה אף שאינה מסוים · וגם נלפענ"ד דאף אם היה הקנין בשטר או בחזקה כדכתבתי לעיל · דבזה ס"ל להרמב"ם דלא קנה אם אינה מסוים · היינו דוקא היכא דלא נתן הלוקח להמוכר דמי המכירה · אבל סתמא דמילתא נותן הלוקח דמי המכירה דהמוכר מן הסתם אינו מוכר רק מחמת זוזי דאנסי ליה שצריך הוא למעות כדאמרינן בב"מ (דף פ"ז ע"ב) הא דקא עייל ונפיק אזוזי וכו' ופירש"י ע"ז בד"ה הא דעייל וכו' האי דקתני דאי לא זקפו עליו במלוה חוזר בדעייל מוכר ונפיק ומחזיר אחר הלוקח ליתן לו מעותיו גלי דעתיה דזוזי אנסוהו למכור וכיון דלא יהיב ליה זוזי בשעת דוחקו אדעתא דהכי לא זבין ליה · וכן פסקו בח"מ סימן ק"ל סעיף י' · הרי מוכח מכאן דהמוכר אינו מוכר מן הסתם רק משום דזוזי אנסו · דאי אמרינן דמוכר אף שאינו צריך למעות אמאי יכול לחזור אם עייל ונפיק אזוזי אף שגילה בדעתיה אח"כ שמכר שמחמת שזוזי אנסו מכר לו הוה דברים שבלב ודברים שבלב אינם דברים דבשעה שמכר לא היה ידוע שמכר מחמת שדחוק למעות רק דאח"כ גילה דעתו עיין בקדושין (דף כ' ע"א) ובח"מ סימן ר"ז סעיף ג' · אלא מדיכול לחזור מוכח דאינו מוכר רק מחמת דזוזי הוא דאנסו · לכן לא הוי דברים שבלב דהוה כאילו התנו בפירוש דהכל יודעין שאין מוכר לו רק מחמת דזוזי הוא דאנסו וכיון שכן היכא דהמוכר איזה דבר אינו מוכר אלא א"כ שנותן לו הדמים מן הסתם וגם הלוקח מן הסתם רוצה שיבא לידו הדבר שקנה דאם לא צריך לזה לא היה קונה · וסתמא דמלתא כל כמה דלא יהיב אינם זוזי לא יהיב המוכר הדבר שמכר לו · וזה הסברא איתא בכתובות (דף ע"ו ע"ב) סתמא דמלתא כמה דלא יהיב אינם זוזי לא יהיב אינם חיותא עכ"ל הגמרא · ולפ"ז מן הסתם קיבל המוכר דמי המכירה · א"כ אף שהקנין היה בשטר ובחזקה לפ"ז נשתעבד הדבר שמכר עבור דמי המכירה לפיכך נוחה לקנות אף שהוא דבר שאינו מסוים · אך כ"ל דזה הוא דוקא בקנין שטר דנוכל לומר כמ"ש · אבל בקנין חזקה דכיון דבעת שעשה חזקה עדיין לא קיבל המוכר דמי המכירה ולא נשתעבדו השדות לפ"ז בעת שעשה החזקה לא קנה כיון שאינה מסוים · ולאחר שקיבל דמי המכירה כבר כלתה קניתו היינו החזקה שעשה לכן לא קנה אף שקיבל דמי המכירה כיון שאינה מסוים · וזה הסברא מוזכר בתוספות בכתובות (דף פ"ב) ד"ה הא ובקדושין (דף ס') ובהאשה רבה (דף צ"ג) אבל כשהקנין היה בשטר אף שבעת שנעשה הקנין הזה לא קיבל עדיין המוכר דמי המכירה אם עדיין לא נקרע השטר קונה אם קיבל אח"כ דמי המכירה · דכל זמן שלא נקרע השטר עושה השטר פעולה לקנות בו כמ"ש התוספות שם והרשב"א ושארי ראשונים שם · לפ"ז אף אם מיירי הך דבית כור הנ"ל והך דפ' בתרא דמנחות הנ"ל והנך תרי דקלי הנ"ל שהיה הקנין בשטר אם קיבל אח"כ הדמי מכירה קונה אף שאינה מסוים אף לשיטת הרמב"ם והפוסקים שסוברים כוותיה · ומה שהקשה הר"ן בגיטין שם מדגרסינן פ' ב' דייני גזירות (דף ק"ט) ההוא דאמר דקלי לברתי אזיל יתמי פליג ולא יהבו לה דקלי סבר רב יוסף למימר היינו מתניתין וכו' אמר לו אביי מי דמי התם כל חד וחד מלו מדחי ליה הכא דקלי גבייהו הוא · ושמעינן מינה שנוטל דקל ואע"ג דלא אמר ליה דקל פלוני זאת הקושיא שלו הוא · ואנכי איני מבין כלל וכלל · דהא הר"ן

בעצמו כתב בפרק הכותב על הך סוגיא דמודה במוהל במכנסת שטר חוב לבעלה וחזר ומחלו שאינה מחל דמתנת שכיב מרע כי משווינן לה כבל תורה הוי לה כירושה וכדילפינן לה התם מוהעברת יש לך העברה אחרת שהיא כזו וסוגיין דפרק מי שמת (דף קמ"ז) נמי מוכחא דבין מדאורייתא ובין מדרבנן כירושה היא · דאמרינן התם דש"מ שאמר הלואתו לפלוני מהני הואיל ויורש יורשה ובעובדא דאיסור גיורא נמי אמרינן דמתנת שכיב מרע כירושה שוויה רבנן כו' עכ"ל · וכן כתב הש"ך בסימן רנ"ג בס"ק ל' בשם הרבה פוסקים דמתנת שכיב מרע כירושה שוויה רבנן · ורש"י פירש על הך דאמר דקלי לברתי בשעת מיתתו היה · ולפ"ז לא קשה כלל מהך דשני דייני גזירות על הרמב"ם ועל הפוסקים שסוברים כוותיה דאינו קונה אם היה הדבר אינו מסוים דמה שקנתה הבת הדקלי אע"ג דלא סיים לה איזה דקל נתן לה דכיון דמתנת שכיב מרע כירושה וכירושה לא שייך לומר אם היה הדבר אינה מסוים אינו יכול לירש כידוע לכל :

ומה שהקשה עוד המשכנות יעקב הנ"ל מקדושין (דף נ"א ע"ב) ת"ש מי שיש לו שתי כיתי בנות משתי נשים ואמר קדשתי את בתי הגדולה ואיני יודע אם גדולה שבגדולות אם גדולה שבקטנות אם קטנה שבגדולות שהיא גדולה מן הגדולה שבקטנות כולן אסורות חוץ מקטנה שבקטנות כו' עכ"ל ולאביי דאמר קדושין שאין מסורין לביאה הוי קדושין לא איירי כשהוכרו ולבסוף נתערבו כדמוקי הגמרא שם אליבא דרבא · ולפי דברי הרמב"ם דבמתנה בעינן שיהיה מסוים בקדושין בודאי בעינן לפי דבריו שיהיה מסוים · ואמאי כולן אסורות דהא לא תפסי הקידושין אף בחד מנייהו כיון שלא היה ידוע בשעת הקדושין איזה האשה הוא מקדש · גם זה נראה לי לתרץ על פי מה שכתב רש"י ב"מ (דף י"א ע"ב) ד"ה אף דהא דבעינן בקנין חצר עומד בצד שדהו היינו דוקא במציאה · אבל במתנה כיון שדעת אחרת מקנה אותן לא בעינן שיהיה עומד בצד שדהו דנוחה מתנה זו כשדעת אחרת מקנה אותו לקנות יותר מדבר הפקר עי"ש ברש"י בד"ה רב פפא וכו' כי קצרתי בדברי' · וכתב השטה מקובצת על הך דאמרינן בגמרא שם מנא תימרא פירש דבמתנה בהא · דאיכא למידק דהא סברא נכונה הוא לחלק בין מציאות למתנות דאיכא דעת אחרת ומאי קבעי מנא תימרא · וי"ל דאיכא סברא לאידך גיסא וכיון שכן שקולין הן ולא תחלוק ביניהם והכי איכא למימר ומה מציאה שאין אדם מוחזק אלא הפקר לא קני לה עד דקאי בצד שדהו · מתנה שיש מי שמוחזק בה לא כל שכן שצריך בה להוציא מחזקתו ואי קאי בצד שדהו אין ואי לא לא · ומאן דאמר מנא תימרא יש לו שתי סברות אלו ובעי מנא תימרא · ולפ"ז מהך מעשה דחמש נשים ובהם שתי אחיות וכו' וקיבל האחת מהם על ידי כולן ואמרו חכמים אין אחיות מקודשת דאיתא שם במשנה (דף נ') ומדייק הגמרא שם הא נכריות מקודשת ולאביי מיירי דלא אמר הראויה מכם לביאה התקדש לי כדמוקי הגמרא שם אליבא דרבא לא קשה על הרמב"ם אמאי נכריות מקודשת הא לא סיים האשה שקידש דהא אינו מכירן ואחת היתה שליח לקבלה לכולן הרי בשעת שקיבלה הקדושין בשביל כולם אינו יודע איזה אשה תהיה מקודשת לו דאולי יש בהם אחיות וכדומה לזה שאין קדושין תופסין בהם · די"ל דכיון דנתרצתה כולם שיהיה מקודשת לו אינו מוציאה מחזקתה שאדרבה רצונה שתהיה מקודשת לו · לכן נוחה שיהיה הקדושין הלין אף שאינה מסוים האשה המתקדשת לפי סברת השיטה מקובצת הנ"ל · דכל מה שאין צריכין להוציא מחזקתו נוחה לקנות · אבל כשקונה איזה דבר או במקבל מתנה כיון שצריך להוציא מחזקת המוכר או הנותן דהנה יכולים לדחות להמקבל מתנה או להלוקח על כל אחד ואחד מהנכסים זהו שביררתי דזיל הכא קמדחי ליה וזיל הכא קמדחי ליה לפ"ז אם באו להוציא איזה דבר מהמוכר או מהנותן זה מיקרי שמוציאין הממון מחזקת בעליהן · לכן צריך קנין חשוב שיהיה מסוים שעל ידי זה נוכל להוציא ממון מחזקתו לפי סברת שיטה מקובצת הנ"ל · ולפי דברינו אלו לא קשה גם מהך דקידש שתי כיתי בנות הנ"ל דאף דהתם לא נתרצית האשה שתהיה מקודשת לו דהא אביה קידש אותה מ"מ תופסת הקדושין אף שאינה מסוימת איזה אשה קידש כדאיתא בכתובות (דף מ"ו) במשנה האב זכאי בבתו בקדושיה בכסף ובשטר ובביאה ומפרש הגמרא בכסף מנלן וכו' אמר קרא ויצאה חנם וכו' שטר וביאה מנלן אמר קרא והיתה לאיש אחר איתקש הוויות להדדי ופירש"י על זה מה כסף ברשות אביה אף קדושי שטר וביאה ביד אביה וקדושי שטר וביאה דמקודשת בהן ילפינן בקדושין עכ"ל הגמרא ופירושה · ולפ"ז לא קשה כלל על הרמב"ם ועל הפוסקים שסוברים כוותיה כי היכי דאם קיבלה הקדושין בעצמה תופסת הקדושין אף שאינה מסוימת איזה אשה קידש כגון מעשה דחמש נשים שקיבלה אחת מהם ע"י כולן · ה"נ אם קיבל האב הקדושין מקודשת אף שאינה מסוימת האשה שקידש דהא אמרינן דאיתקש הוויות להדדי מה שמתקדשת ע"י אביה · [אע"ג דאינו מפורש בקרא דוהיתה לאיש אחר וגו' שמיירי בקדושין שעל ידי אביה · ולכאורה ע"כ הפסוק מיירי בקדושין שעל ידי עצמה דהא הפסוק מיירי שנתגרשה מקודם עיי"ש ואם הגירושין היה לאחר שנשאת שוב אין לאביה רשות בה לקדשה · אך נוכל לומר דמיירי בגירשה מן האירוסין ואז יכול אביה לקדשה עיין בכתובות (דף מ"ג ע"ב) במשנה המארס את בתו וכו' ובא"ע סימן ל"ז ס' א' וג' · ולפ"ז ניחא דיליף הגמרא דגם קדושי אביה מקשינן הוויות להדדי · ואם נאמר דמיירי דוקא הקרא בקדושין שע"י עצמה היכי יליף קדושי אביה דאתקש להדדי דהא יש טעם נכון לחלק ביניהם · אבל אם נימא דנוכל להיות דמיירי הפסוק גם בקדושין שעל ידי אביה כדכתבתי לכן כיון דהפסוק נכתב בסתמה מיירי בכל אופני קדושין הן שקידשה את עצמה הן שקידשה אביה] · ונראה לי טעמו של דבר דלא בעינן אף בקדושי אביה שיהיה מסוימת האשה שזאת האשה שקידשה · דהטעם דבעינן שיהיה מסוים משום דאין יכול להוציא מיד המוכר המוחזק שיכול לומר על כל אחד ואחד זה שביררתי לעצמי כדכתבתי לעיל ועיין ברש"י בגיטין (דף ט') הנ"ל משום הכי לא בעינן גבי קדושי אביה שתהא האשה מסוימת דכיון דזכיה רחמנא לאביה שיהיה לו רשות לקדשה · לכל מי שירצה ויהיה הקדושין שלו לפ"ז כל הבנות הן הקטנות הן הנערות אין להבנות זכיה בגופייהו לדבר זה רק שייכין כל הזכותן של הבנות לאב · וכיון שכן יכול האב לקדש אף שלא סיים איזה בת קידש · כיון דאין צריכין להוציא מחזקתן דאין להבנות שום זכות בגופן לזה · וכ"ת כיון דהזכות של הקדושין שלהן שייכים הם לאביהם ואם לא סיים איזה בת קידש יכול האב לומר על כל אחד ואחד שזה לא קידשתי והוא נקרא מוחזק בזה הזכות כיון דזכיה ליה רחמנא וצריך המקדש להוציא הזכות שהיה בחזקת האב ואמאי מקודשת · די"ל דהא דזכיה רחמנא הזכות להאב אין להאב זכות בגופה של הבת רק הזכיה מבחוץ הוא דזכיה ליה רחמנא דהא לבד זה אין להאב שום זכות בבתו עיין בב"ק (דף פ"ז ע"ב) א"ל לא זכתה התורה לאב אלא שבח נעורים לבד וכו' ועיין שם בסוגיא וגם לכל הדברים יש לה דעת לזכות לעצמה כשהיא נערה עיין בעירובין (דף ע"ט ע"ב) במשנה ובנדרים (דף פ"ח ע"ב) וגם מבואר כן בשארי דוכתי · וכיון דהזכיה רק מבחוץ לכן אף כשלא סיים איזה בת קידש אינו נקרא שצריך המקדש להוציא מאב שנקרא מוחזק לזה כיון דבאמת אין לו זכיה בגופן ודיבור בעלמא פקע בזכותו של אב ולא צריך שום קנין לזה דהא דבעינן שיהיה מסוים היינו בדבר שצריך קנין אבל מה שפקע זכותו בדיבור בעלמא אין צריך להיות מסוים · אף שזה מצד הסברא היא נכונה · בכל זאת אבית ראיה דהאב אין ליה זכיה בגופו של בתו ובדיבורא בעלמא פקע זכותו · מדאיתא בקדושין (דף י"ט ע"א) אמר רבא אמר רב נחמן אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קדושיך מדר' יוסי ב"ר יהודה וכו' וכתב בפסקי מהרי"א בסימן מ"ע בשם הרא"ש שם דהטעם דאותו כח וזכות שזכתה לו תורה שיש ליה לקדש את בתו אותו כח וזכות יכול לתת לבתו

לבתו קטנה שתקדם אדעתיה. וכתב על זה וא"כ איכא למימר דאותו נתינת כח וזכות צריך להיות להדיא ולא בגילוי דעת עכ"ל הובא דבריו בבית שמואל (בסימן כ"ז ס"ק ז') לפ"ז מוכח דבדיבורא בעלמא בלא שום קנין מסלק זכותו ממנו עיין בגיטין (דף ל"ט ע"א) איתביה רבי אבא לעולא גר שמת וכו' ובקדושין (דף כ"ג ע"א). וגם מוכח מזה דזכות האב רק מבחוץ הוא דאם לא כן למה יכול לתת זכותו בדיבורא בעלמא. דהא גבי ע"ע אמרינן בקדושין (דף ט"ז ע"א) אמר רבא זאת אומרת ע"ע גופו קנוי והרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול עד דכתב ליה שטר עיי"ש אלמא היכא דגופו קנוי אין יכול לתת זכותו בדיבור רק בשטר ואף דאין קונה א"ע בחליפין וכמ"ש הריטב"א על הא דגרסינן בפ"ק בקדושין (דף י"ד) והפדה מלמד שמגרעת פדיונה ויוצאה וכן כתבו התוספות בפ"ק דקדושין (דף ח') ואפילו לדעת מהרימ"ע דע"ע קונה א"ע בחליפין הובא דבריהם במ"ל בפרק ב' מהלכות עבדים. מ"מ בדיבור בעלמא אקנה קונה ע"ע :

אך עדיין יש לנו ליישב סוף דברי הרמב"ם מה שכתב בפרק שלישי מהלכות זכיה ומתנה הלכה ה' אחר שכתב שאם הקנה דבר שאינו מסוים לא קנה. וז"ל אבל אם אמר ליה חלק כך וכך בשדה פלונית הואיל ושייס השדה אע"פ שלא שייס החלק נוטל אותו חלק מן הפחות שבאותה שדה לכאורה משמע שהוציא הרמב"ם דין זה מהך דבית כור הנ"ל שכתב רבו של הרמב"ם רבי יוסף הלוי מיג"ש אחר שכתב דאם לא שיים לא קנה ואע"ג דאמרינן הכי שדה אני מוכר לך משמנין ביניהן ונוטל חצי שדהו התם משום דשיים לו את השדה הובא דבריו ברב המגיד שם ובר"ן בגיטין שם. משמע מדבריו שהוציא מהך דבית כור שזאת מקרי מסוים. וכתב על זה הרב המגיד שם שחכמי הדורות נחלקו עליהם ואמרו שטעם זה לחלק בין מסיים לו השדה ואינו מברר החלק לאינו מסיים כלל אינו דכי היכי דכשאינו מסיים לו כלל יכול לדחותו ולומר לו בכל הקרקע לא זהו שנתתי לך ה"נ בחלקי השדה יכול לדחותו ולומר לו בכל חלק ממנו לא זהו. אלא ודאי שמעת מינה דלא בעינן סיום כלל עכ"ל הרב המגיד. ולפי ענ"ד נראה שרבינו יוסף הלוי ותלמידו הרמב"ם ז"ל לא הוציאו דין זה מהך דבית כור הנ"ל האף שגם מדברי האחרונים נראה שממנו הוציאו דין זה. אך כדי לברר דברי הרמב"ם ור"י הלוי שלא יהיו מוקשים אכתוב אחמכ"ת מאחרונים נגד דבריהם. כי מהך דבית כור אין ראיה כלל שזה מקרי מסוים. דהא כתבתי לעיל דאם הקנין היה בכסף או בשטר ונתן את הדמים קונה אף אם אינו מסוים לפי סברת הרשב"ם דב"ב הנ"ל כמ"ש לעיל. לפ"ז נוכל לומר דהך דבית כור מיירי שהקנין היה בכסף או בשטר ונתן את הדמים לכן קנה אף דלא מקרי מסוים. לכן נראה שאף שכתב הרב המגיד שמתרץ הרר"י מיג"ש הך דבית כור כיון שמסיים את השדה האף שלא שייס איזה חלק מהשדה מכר משו"ה קני לא משום דהוציא הרר"י מיג"ש את דינו משם רק הוציא את דינו ממקום אחר כמו שאבאר לקמן אך דממילא מתורץ בזה הך דבית כור לכן כתב הרב המגיד שבזה מתורץ הך דבית כור. וגלפענ"ד שדבריהם מבוארים מבבלי ומירושלמי דאיתא בירושלמי פרק שלישי דתרומות הלכה א' האומר תרומת כרי הזה בתוכו ותרומת מעשר זה בתוכו ר"ש אומר קרא שם וחכמים אומרים עד שיאמר בצפונו או בדרומו ואמרינן בגמרא שם עד כדון באומר בתוכו אומר בו מהו נשמעינה מן הדא מעשר שני שבחפץ זה מחולל על המעות הללו ולא קרא לה שם ר"ש אומר קרא לה שם וחכמים אומרים לא עשה ולא כלום עד שיאמר בצפונו או בדרומו הדא אמרה הוא תוכו הוא בו עכ"ל. וראיתי להר"ש פ"ז דדמאי במשנה ד' וז"ל ומפרש בפ' בכל מערבין (דף ל"ז) דאמר דוקא שאומר בתוכו באמצעיתו דקבע ליה מקום אלא דבירושלמי עלה דהסיא דתרומות פ"ג משמע דבתוכו לאו דוקא. ושם פירשתי עכ"ל. וכוונתו היה למה שכתב שם. וי"ל דלא בעי שיהיה נכרין אלא בתרומה דכתיב

ראיית הלכך גבי מע"ש מהני כי אמר שבחפץ זה. ומאוד אינם מובנים לי דבריו דהא פשטא הירושלמי דלא בעינן גבי תרומה בתוכו ממעשר שני כי היכי דהתם לא בעינן שיהי' אומר בתוכו. ה"נ גבי תרומה. דהא במע"ש לא בעינן שיהיה שיריה נכרין לפי דבריו לכן לא בעינן שיהיה אומר בתוכו אבל גבי תרומה דבעינן שיהיה שיריה נכרין בעינן דוקא שיהיה אומר בתוכו. דאם לא כן לא הוי שיריה נכרין כדאמרינן בעירובין הנ"ל. גם אינו מובן לי דמסיים הירושלמי לאחר שפשטו ממעשר שני הדא אמרה הוא תוכו הוא בו דלפי דבריו לא בעינן שיאמר גם בו מדהקשה למה מועיל אם אמר מעשר שני שבחפץ זה מחולל לר"ש דברייתא דמעשר שני דוחק גדול לומר דשבחפץ זה משמע באמצעיתו. וכתב על זה הירושלמי הנ"ל מדלא הקשה על תחילת דברי הירושלמי עד כדון אומר בתוכו אומר בו מהו היכי משמע מבו דבאמצעיתו הוא משמע מזה דבו משמע ליה באמצעיתו וגם ממה שכתב בסוף דבריו דשבחפץ לא משמע באמצעיתו משמע הא בבו משמע באמצעיתו וכן כתב המפרש בירושלמי שם בד"ה אמר בו מהו אי הוה כאילו אמר באמצעו ושיריה נכרים קרינן ביה וא"כ מתחיל הדיבור שבחפץ זה וה"ל כאילו אומר בו. וס"ל לר"ש קרא שם ש"מ בו ובתוכו שוין לר"ש ולרבנן. הא כתב בהדיא דבו משמע באמצעיתו וגם כתב דבו דוקא. עוד קשה לי על הירושלמי דמפרש התם טעמא דהכמים ר' זעירא בשם ר' אבדימי דכיפי בשם ר"ש בן לקיש ונחשב לכם תרומתכם והרמותם מה התורם במסוים אף המחשבה במסוים כך גרס הר"ש בשם ירושלמי. ולכאורה קשה כיון דהקישה התורה אמאי לא בעי ר"ש שיהיה מסוים הא הוי ליה למילף מהיקשא דבעינן מסוים כדס"ל לחכמים. ולפ"ז י"ל דסובר רבינו יוסף הלוי מיג"ש ותלמידי הרמב"ם דטעמו דר"ש דאם אמר בתוכו מהני כיון דבתוכו משמע באמצעתו הוה כמסוים וגם שיריה ניכרים כדאמר בפ' בכל מערבין הנ"ל. והא דלא בעינן שיאמר בצפונו או בדרומו כיון דבעינן שיהיה מסוים וצריכין לומר דמנא ליה הא משום דילפינן מהקישא מהפסוק ונחשב וגו' כדילפי החכמים ואמאי לא בעינן שיאמר לצפונו או לדרומו. צ"ל דכיון דהאף לדברי חכמים דבעי שיאמר בצפונו או בדרומו ע"כ לא לגמרי הקישן מחשבה לתורם דהא בתורם מופרש ומובדל התרומה מהחולין מה שאין כן במחשבה אף אם יאמר בצפונו או בדרומו מ"מ אינו מופרש ומובדל מן החולין התרומה. ואדרבה מעורב קצת כמובן. ולא הוה מסוים כ"כ התרומה כמו גבי תורם. לפ"ז כיון דלא נוכל להשוות הדדי למה בעי חכמים שיאמר בצפונו או בדרומו. וצריכין לומר הטעם דחכמים דכל מה שאנו יכולים להשוות ולקרב שיהיה המחשבה כתורם משווינן אף שלא נוכל להשוות לגמרי. דכיון דהוקשן הכתוב מה שיכולין לדמותם מדמינן. לכן בעי שיאמר בצפונו או בדרומו. אבל ר"ש ס"ל כיון דלא נוכל להשוותם לגמרי די לנו אם נקישן לדבר אחד דבלא ההיקש לא הוה ידעינן שיאמר בתוכו אך מדהיקשן הכתוב בא ללמדינו דבעינן שיאמר בתוכו ומפני מה בעינן שיהיה אומר בתוכו כדי שיהיה מסוים (רק דהחכמים ס"ל דמהקישא ילפינן דבעינן שיהיה מסוים טפי דהיינו שיאמר בצפונו או בדרומו) אבל ר"ש ס"ל דלא בעינן שיהיה מסוים גדול כזה רק די לנו אם אמר בתוכו שמשמע באמצעיתו נקרא מסוים. ואף החכמים מודים לר"ש דבשאר דוכתי דבעינן שיהיה מסוים בודאי די לנו בסיום כזה; רק בתרומה ובשאר מתנות כהונה בעינן שיהיה מסוים טפי מחמת כיון דהקיש הכתוב מחשבה לתורם. ולפ"ז ניחא מאי דבעי הירושלמי. עד כדון אומר בתוכו. אמר בו מהו פירוש דבעי הירושלמי אם אמר בו אף דלא משמע בו באמצעיתו מהו אם הוה כמסוים כיון שאמר שהתרומה יהיה בהכרי הזה ולא יכול להפריש מכרי אחר הוי כמסוים או דבעינן שיהיה אומר בתוכו דמשמע שהיא באמצעיתו זה נקרא מסוים אבל אמר בו לא נקרא מסוים. ופשטא מן הדא מע"ש שבחפץ זה וכו'. אלמא כיון דקבע ליה המע"ש שיהיה בחפץ זה מקרי מסוים. ה"נ אם אמר בו אף דלא משמע באמצעיתו מיקרי ג"כ מסוים.

לכן

לכן אמר הירושלמי הדא אמרה הוא תוכו הוא בו · וכ"ת מה צריך הקושיא דנחשב לכם תרומתכם לר"ש הא בלאו הכי ידעינן שיאמר בו או בחפץ זה דהא בכל מקום בעינן שיהיה מסוים וכהאי גוונא כתבו התוספות בתמורה (דף ד' ע"ב) ד"ה ור' יעקב וכו' דמן הסמיכות קפריך למאי הילכתא כתבו הכי סמוך ללאו וכו' עכ"ל · דאין לומר דמהך הקושיא ילפינן דבכל מקום בעינן שיהיה מסוים אבל אי לא כתב רחמנא הקושיא הוה אמרינן דקנה אף אם אינה מסוים דזה אינו · דתרומה מקרי קדשים ולא נוכל ללמוד חולין מקדשים כדפריך הגמרא בריש פרק האיש מקדש דלא נוכל למילף שיכול לעשות שליח להפריש תרומה מגירושין מה לגירושין שכן ישנם חול עכ"ל הגמרא שם · מוכח מזה דהתרומה מקרי קדשים אלא בתרי דברים · וזה אמרינן בכמה דוכתי דחולין מקדשים לא גמרינן אלא ע"כ דהא דבעינן שיהיה מסוים להו מתרומה גמרינן לה אלא מצד הסברא דיכול לומר על כל אחד ואחד זה הדבר ששיירתי לעצמי · לפ"ז מיותר הקושיא דונחשב לכם תרומתכם וגו' דכתב רחמנא גבי תרומה דגם שם ידעינן מצד הסברא דלא יוכל לחול התרומה דעל כל גרעין וגרעין יאמר שזה לחולין די"ל דהוה אמינא הוא בעינן שיהיה מסוים בדבר שצריך קנין שמוציאין מחזקתו הראשונה עד שיעשה קנין לכן בעינן שיהיה מסוים · אבל היכא דבאמירה בעלמא מוציאין מחזקתו הראשונה הוה אמינא דלא בעינן שיהיה מסוים · לפ"ז בתרומה דחל באמירה בעלמא הוה אמינא דלא בעינן שיהיה מסוים · לכן כתב רחמנא הך הקושיא דנחשב לכם תרומתכם דבעינן גם בתרומה אף שחל באמירה בעלמא שיהיה מסוים · מ"מ בשארי דוכתי היכא דמהני באמירה כגון גבי קדושי אשה כמ"ש לעיל לא בעינן שיהיה מסוים דחולין מקדשים לא גמרינן · עוד נוכל לומר הא דכתב רחמנא הך הקושיא גבי תרומה דבעינן שיהיה מסוים · משום דכתבתי לעיל היכא דאין מוציאין הדבר מחזקתו כגון בקדושין שע"י עצמה לא בעינן שיהיה מסוים · לכן הוה אמינא דגבי תרומה דגם אין מוציאין מחזקתו · דהטבל הוא של המפריש ולא שייך בזה שיאמר על כל גרעין וגרעין שזה הוא ששיירתי לחולין כיון שהטבל של המפריש בעצמו והוא הכניסו בספק ואינו צריך להוציא בזה מחזקתו · לכן הוה אמינא דאינו צריך לסיים לכן כתב רחמנא הקושיא דונחשב וגו' · דגם בזה צריכין לסיים · אבל בשארי דוכתי היכא דאין מוציאין מחזקתן הראשונה כגון בקדושין שע"י עצמה לא בעינן שיהיה מסוים דחולין מקדשים לא גמרינן · נמצא לפ"ז ס"ל לר"ש דגם בתרומות ומעשרות מקרי מסוים שאם בירר ואמר בחפץ זה יהיה המעשר או בכרי הזה יהיה התרומה אף דאית לן הקושיא לפי דבריו כ"ש בשארי דוכתי דבעינן שיהיה מסוים אם מברר ואמר שחלק כך וכך בשדה פלונית אני מוכר לך מקרי מסוים · ואף לדברי חכמים דס"ל דבעינן שיאמר לצפונו או לדרומו היינו דוקא בתרומה או בשארי מתנות כהונה מפני שיש לנו הקושיא אבל בשאר דוכתא מקרי מסוים כמו דס"ל לר"ש [ולפי זה מתורצים כל הקושיות שהקשינו כמובן] לכן הוציא רבינו יוסף הלוי מיג"ש ותלמידו הרמב"ם שאף שפסקו אם אינה מסוים לא קנה מ"מ אם אמר חלק כך וכך בשדה פלונית אני מוכר לך מקרי מסוים כיון שהיים לו מאיזה שדה יתן לו החלק שמכר ולא יכול ליתן לו משדה אחרת :

וגם מבבלי נ"כ לפענ"ד מוכח כדבריהם דאיתא בקדושין (דף נ"ט ע"ב) פלוגתא דרב ושמואל אם אמר מעכשיו ולאחר ל' יום ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום ע"ש ור' יוחנן פליג עליהם וס"ל אפילו קדושי מאה תופסין בה ואיתא התם אמר ליה רב משרשיא בריה דרבי אמי לרב אשי אסברא לך טעמא דר"י שוו נפשיה כי שרגא דלבני דכל חד וחד רווחא לחבריה שבק עכ"ל הגמרא · והכא לא נתלית האשה שתהיה מקודשת כולה לו ושירה ריוח שאם יבא אחר ויקדשנה שיהיה קדושיו תופסין ואיזה חלק באשה שתפס הקדושין הראשון אינו מסוים | וגם מה ששייר רווחא לחבריה גם כן לא היה ואפילו הכי תופסת הקדושין · נמצא מוכח מזה דזה מקרי מסוים כיון דהשדה מסוימת אף שאינה מבורר איזה חלק ממנה קידש ואיזה חלק שייר לחבירו אף דגם הכא יכולה האשה לומר על כל אבר ואבר שזה מה ששיירתי לאחר ליקדש לו לפ"ז הוי כמוציא דבר מחזקתו אפילו הכי תופס הקדושין כיון שעכ"פ זאת מבורר שבאשה זאת קידש חלק אחד · לכן פסק הרמב"ם שאם מכר לו חלק אחד משדה פלונית קנה דזה מקרי מסוים כיון שמברר את השדה שמכר אף שלא בירר איזה חלק מכר · לכן נלפענ"ד שלא לדחות הרי"ף ורבינו יוסף הלוי מיג"ש ורש"י והרמב"ם בשתי ידים וגם המשכנות יעקב בחלק ח"מ בסימן מ"ט ג"כ תירץ דברי הפוסקים הנ"ל · והרואה יראה הפרש בין דבריו לדברי מה שחנני ה' ברוב חסדיו · וגם הניח בנ"ע מה שהשליטו גדולי הפוסקים האחרונים בפשיטות דלא כרש"י ז"ל · ולפ"ז נלפענ"ד שהמוכר מוחזק יכול לומר קים לי כדברי הפוסקים האלו דלא קנה הדבר שאינו מסוים · ולפי דברינו אלו הא דמודה הרמב"ם והפוסקים הנ"ל דהמוכר אם נתן הדמים הוא קונה את הדבר אף שאינה מסוים וכתבתי לעיל טעמו של דבר וגבי קנין שטר הוא דנוכל לומר כן כדכתבתי לעיל · אבל בקנין חזקה לא קנה הדבר שאינה מסוים ולא יש איזה אופן שיקנה וכ"ש במתנה לא יש שום אופן שיקנה אם המתנה אינה מסוימת ותירצנו לעיל כל הקושיות שהקשו הראשונים על הפוסקים הנ"ל · לכן צריכין אנחנו למשוכי נפשינו לתרץ ג"כ מה שהקשינו לעיל על דברי הרמב"ם מב"ק (דף מ"ח) הנ"ל היכי אמרינן שם דהקנויה אקניה ליה מקום בחצר הא לא הוה מסוים כדכתבתי בריש הפרח · ולפענ"ד גם לתרץ זאת דכתבו התוס' בבכורות (דף י"ח ע"ב) ד"ה אקנויה על הא דאמרינן בגמרא שם ר"ט סובר אקנויה קא מקני ליה בחצירו דניחא דלשעבד מלוה בממונו וכתבו התוס' על זה שם ואפילו בלא קנין קא קני דגמר ומשעבד נפשיה · לפ"ז הא דקני שם הרועה המקום בחצירו הוא מטעם חיוב דהתחייב א"ע ושיעבד את גופו ליתן לו מקום מחמת דניחא ליה דליעבד מלוה · ולפ"ז ה"ל כיון דלא אמר ליה שמרו התחייב א"ע ליתן לו מקום בחצר אף דרב פפא מוקי לה כרבי ורבי ס"ל דבסתמא לא קיבל עליו נטירותא · מ"מ כיון דהמניח שהכניס שורו לחצירו הוה כמו ערב · לא מיבעיא לדעת הפוסקים הובא בר"ן בפ"ק דקדושין על הסוגיא דתנם על על גבי סלע דאם קידש אשה ואמרה תנהו לפלוני ואקדש אני לך מקודשת כיון שהוציא ממון על פיה מדין ערב וכן בדיני ממונות האומר זרוק מנה ליה ואתחייב אני לך חייב שעל פיו הוציא עכ"ל הר"ן בשם הרמב"ן ועיין ברשב"א שם (בדף ח' ע"ב) · לפ"ז כ"ש הכא שהוציא ממונו דהיינו שורו מרשותו לרשות בעל החצר. בודאי מחויב בעל החצר מדין ערב ואפילו להחולקין עליו שסוברים דלעולם לא מחייב מדין ערב אלא במוציא ממון מרשותו לרשות אחר בן דעת לפי שבזכותו של זה מתחייב זה מדין ערב אבל במוציא ממון לאיבוד כי הכא אע"ג דאמר בהדיא ואתחייב אני לך לא מהני ג"כ גמר ומשעבד עצמו דומיא דערב דמשעבד עצמו בההיא הנאה דמהימן ליה כדאיתא בב"ב קע"ג · וכיון שהוציא ממון על פיו לרשותו היינו שורו דאית ליה הנאה מיניה דמהימן לו גמר ומשעבד ליה והתחייב ליתן לו מקום שישמור שורו · ומהך דבכורות הנ"ל ג"כ לא קשה על הרמב"ם היכי אמרינן שם ר"ט סובר אקניה קא מקנה ליה בחצירו אף דהתם בודאי לא היה ליה המקום דאינו ידוע באיזה מקום יהיו הצאן שיולדו אפ"ה קנה הרועה · דהרמב"ם יפרש כפי פירש הראשון של התוספות דמטעם חיוב קא קני להמקום · ולפ"ז מה שכתבתי בריש הפרח ראיה להך פוסקים דסבירא ליה דבשכירות נקנה להם גוף המקום כל ימי השכירות מהך דב"ק (דף מ"ח) הנ"ל דאמרינן שם דאקנויה אקני ליה מקום בחצר ומהך דבכורות (דף י"ח) דאמרינן ג"כ שם בזה הלשון אקנוי' אקני מקום בחצירו דלכאורה מוכח מזה כהך פוסקים וגם הרמב"ם בכללן דשכירות קונה גוף המקום · אבל לפי מה שבררתי לשיטת הרמב"ם ולהפוסקים שסוברים כוותי' דאינה

קונה את הדבר אינו מסוים צריכין לומר דאין הפירוש בגמרא כאן דב"ק דנקנה להם גוף המקום אלא הפשט הוא דנתחייב הבעל הבית ליתן מקום שישמור שורו וגם בהך דבכורות הפירש בגמרא דנתחייב הבעל הבית ליתן מקום להרועה להבכורות שיולדו לפ"ז אינה נקנה להם גוף המקום דהחיוב הוא שמשעבד א"ע ליתן להם מקום בחצירו באיזה שירצה ויכול לשנות היום יתן המקום כאן ולמחר יתן אותו במקום אחר וכן בכל שעה ושעה יוכל להחליף המקום בודאי באופן זה לא נקנה להם גוף המקום ומה שאמרינן אקנוי' אקני לי' הוא לאו דוקא או שפירושו שמקנה להם מקום בחצירו בדרך חיוב לפ"ז אין ראיה להנך פוסקים הנ"ל מהך דב"ק ומהך דבכורות דבשכירות קונה גוף המקום :

דין העולה מהפרח הזה

דין דהמוחזק יכול לומר קים לי כהרמב"ם וסייעתו דלא קנה את הדבר אינה מסויים בשעה שמכר לו או שנתן לו כגון שמכר אחת משדותיו ולא בירר לו איזה שדה מכר לו ·

פרח ו

ולפי דברינו אלו אין אנו מבינים מה שכתב הבעל מחנה אפרים בריש הלכות שכירות שהביא ראי' לדעת הרמב"ם דאם השכיר בית לחבירו וצבר כלי' לתוכו הרי זה חזקה דלא כהחולקים עליו שכתבו דזה לא הוי אלא כאכילת פירות ואכילת פירות לא הוה חזקה · והכריע המחנה אפרים כדעת הרמב"ם מהך דב"ק (דף מ"ח ע"ב) דאם לא אמר לי' שומרו אקנוי' אקני לי' מקום בחצר · ואיזה קנין עשה בעל השור שיקנה מקום בחצר · וצריכין אנו לומר דבהכנסת שורו לחצר חברו ה"ל חזקה וקנה לו את מקומו וה"נ גבי צבר כלי' לתוכו הוה חזקה עיי"ש · ולפי דברינו בפרח הקודם דלדעת הרמב"ם דסובר דאינו קונה את הדבר אינו מסוים · וה"נ אינו מסוים דהא לא יחד לו מקום ויכול להכניס את שור חברו לאיזה מקום שירצה ואמאי קנה · אלא ע"כ מה שנקנה המקום הוא מטעם חיוב כמו שמשתעבד הערב בהשיא הנאה דקא מהימן ליה כדאיתא בב"ב (דף קע"ג ע"ב) וה"נ בהשיא הנאה דקא מהימן לי' שורו שהכניסו בתוך חצירו גמר ומשעבד נפשו ליתן לי' מקום אף דאתיא כרבי דמסתמא לא קיבל עליו נטירותא מ"מ כיון שהוציא שורו מרשות עצמו לתוך רשותו גמר ומשעבד נפשיה כמו שכתבתי בפרח הקודם : דלא מיבעי לדעת הרמב"ן שהובא דבריו ברשב"א ובר"ן בקדושין (דף ח' ע"ב) בודאי גמר ומשעבד נפשו ליתן לו מקום שיושמר שורו אלא אפילו לדעת החולקים עלי' דדווקא אם יש הנאה לאיזה בן דעת משתעבד ונעשה ערב · גם כן הכא משתעבד דהכא אית לי' הנאה דקא מהימן לי' דזאת מיקרי הנאה כמו דאיתא בב"ב בודאי גמר ומשעבד נפשו ליתן לו מקום שיושמר שורו · ועיין לעיל בפרח הקודם שביארתי זאת הסברא באריכות קצת · ולפ"ז אין ראיה להרמב"ם מהך דב"ק הנ"ל שאם צבר כלי' בתוכו הוה חזקה כמו שהוה חזקה בהכנסת שורו לקנות לו מקום בחצירו כמו שהביא הבעל מחנה אפרים ראיה לדבריו · דהא להרמב"ם כיון דסובר דאינו קונה את הדבר אינה מסוים צריכין לפרש דהא דאמרינן בב"ק הנ"ל דאקנוי' אקני מקום בחצר הוא רק מחמת טעם חיוב דגמר ומשעבד נפשו ליתן לו מקום ולפ"ז לא צריך בעל השור לקנות המקום בשום קנין כמובן · וגם בלא שום הוכחה נוכל לפרש הך דב"ק דהוא רק מטעם חיוב כמ"ש התוספות בבכורות (דף י"ח) והבאתיו לעיל · וגם הבעל מחנה אפרים גופא הביא דברי התוס' הנ"ל · ולפ"ז אינו מובן מה שהביא ראיה מהך דב"ק הנ"ל :

גם מה שהביא הבעל מחנה אפרים ראיה לדברי הרמב"ם אם צבר כלי' לתוכו הוה חזקה מהך דפ"ק דקדושין (דף ח') דאיתא התם בעי רב ביבי סלע של שניהם מהו ופירש הר"ן ז"ל ואף על גב דקיי"ל בפרק הספינה דחצר השותפין אין קונים זה מזה הכי קא מיבעי ליה מי אמרינן כי אמרה ליה הנח על גבי הסלע אקנויה אקני לה מקום בחצירו וקניא לה יע"ש · זה דבריו וכוונתו · כי היכי דהתם כיון שאמרה ליה להניח הקדושין שלה על הסלע קנתה לה מקום בסלע ודומה למה שאמר בגיטין (דף ע"ז ע"ב) גיטה וחצירה באין כאחד ה"נ קניות מעות הקדושין וקניות המקום בסלע באין כאחת · ולפ"ז צבר כלי' לתוכו הוה חזקה כדעת הרמב"ם · ולפענ"ד איני מבין דבריו מתוך דברי עצמו שכתב בהלכות מכירה וקנין חצר בסימן ו' שהוכיח מדברי הר"ן הנ"ל דבחצר השותפים יכול להקנותם בדיבור בלבד דכיון שיש לכל אחד רשות בחצר לשתמושי ביה דאם לא כן אמאי מקודשת כשהניח הקדושין על גבי סלע של שניהם · והכא הביא ראיה לדברי הרמב"ם דצבר כלי' לתוכו הוה חזקה מדקנתה המקום בסלע על ידי מה שאמרה ליה להניח הקדושין על גבי סלע · ומלבד זה אינו מובן דבריו שבכאן ושבשם · דהא כתב בחידושי הר"ן לב"מ (דף ע"ז ע"א) ד"ה מכדי וכו' דהנאה זו שהוא מחזיקו בנאמן וסמך עלי' השוטה היא בעיניו ומקנה אותה לו בה כאילו נותן לו דמים כדאמרינן בקדושין דנתינה באדם חשוב מקודשת דבהשיא הנאה דמקבל מניה מתנה גמרה ומקנה נפשה עכ"ל · ולפ"ז ג"כ הכא גבי אם אמרה ליה שיניח הקדושין שלה על גבי סלע של שניהם שכתב הר"ן שם · דמהאי טעמא מבעי ליה שתהיה מקודשת דכיון דניחא לי' לקדושי אקנוי' אקני לה מקום באותה הסלע וקניא ליה עכ"ל:· כוונתו דכיון דאית לי' הנאה מינה שרוצה להתקדש לו · הוית הנאה הוי כאילו נתנה ליה דמים וקנתה המקום בסלע בכסף שקיבלה ממנה · ולפ"ז אין ראיה מהך דסלע (לפי פירוש הר"ן) דצבור כלי' לתוכו הוי חזקה דהתם קנתה הסלע בכסף · וגם אין ראיה מהך דסלע · (לפי פירוש הר"ן) · דבחצר השותפין יכול להקנות כל אחד לחבירו בדיבור בלבד כמ"ש הבעל מחנה אפרים שם לפי מה שכתבתי שקנה לה הסלע בקנין כסף ועיין בדברינו בכפתור שני ובמפתחות המגלה באיזה פרח הוא מה שכתבתי עוד על מחנה אפרים מה שכתב בקנין חצר בסימן ו' הנ"ל :

גם מה שכתב הבעל מחנה אפרים עוד בריש הלכות שכירות הנ"ל דלא פליגי התוספות על הרמב"ם שסובר דצבור כלי' לתוכו הוה חזקה אף שכתבו בפ"ב דבכורות (דף י"ח) על מה דר"ט סבר אקנוי' אקני לי' מקום בחצירו ופירש"י ז"ל כדי שיזכה בהם בבכורות מיד כשיולדו דתקני ליה חצירו ופי' התוס' ז"ל טעמא הי משום דגמר ושיעבד נפשו אי משום דפעמים הרועה פותח ונועל · הא דהצטריכו להני טעמי משום דאין להרועה בגוף הבהמות כלום כדי דנימא דתקינו לי' מקום כשכונס בהמתו ביה · אבל היכא שהכניס בהמתו הוה חזקה כמו בצבור כלי' לתוכו · ג"כ אינו מובן לי דהא הבכורות מיד כשיולדו רוצה בעה"ב להקנות אותם לרועה כמו שפירש"י שם עיי"ש · וגם הוא הביא דברי רש"י בקיצור · ולפ"ז אם ס"ל להתוספות דצבור כלי' לתוכו הוה חזקה לא הוצרכו להנך טעמא שכתבו · דהא נקנה המקום להרועה במה שהבכורות שלו המה בתוך החצר וקנין הבכורות וקנין המקום בהצר באין כאחת כעין דאיתא בגיטין גיטה וחצירה באין כאחד · ונלפענ"ד לומר בדרך אחר דלא פליגי התוס' על הרמב"ם שסובר דצבור כלי' לתוכו הוה חזקה והא דהצטריך להני טעמי · דמה שהבכורות של הרועה עומדים בחצר אינם נקנים ליה מחמת זה כמ"ש הש"ך בח"מ סימן ר"ב ס"ק ג' דאין חצירו קונה אלא כשהוא כבר חצירו מה שאין כן הכא דחצירו ומתנתו באין כאחד ודו"ק · וכן כתב הש"ך בסימן קנ"ח ס"ק ז' ובאמת כן כתב בספר שיטה מקובצת למסכתא ב"מ בהך דמגלא בגל ובכותל יבן על קושיות התוס' שם דליקני ליה חצירו לבעל הגל עיי"ש הובא דבריו בספר ישועות יעקב בא"ע בסוף סימן ל' · לפ"ז לא נקנה המקום להרועה מחמת הבכורות העומדים שם דנאמר קנין הבכורות וקנין המקום באין כאחת · ות"ל שהארכתי בזה הפרט בכפתור שני ובכפתור זה · ומשום זה כתבו התוס' טעמים אחרים במה נקנה המקום

המקום שהלך לשוטה · גם כתב שם הבעל מחנה אפרים שגם הרשב"ם סובר כהרמב"ם שכתב בפ' השפינה (דף פ"ה) גבי ברשות המופקדים אצלו לא קנה עד שיקבל עלי' או עד שישכיר את מקומו פירש רשב"ם ז"ל דמסתמא הקנה לו נפקד למפקיד את רשותו לצורך פירותיו וע"ש ובמה הקנה המקום להמפקיד ע"כ משום חזקה והכנסת פירות שלו · גם זה אינו מובן לי לפי מה שכתבתי לעיל כיון שהשאילה ממונו של המפקיד לתוך רשות הנפקד על פיו משעבד את עצמו כמו ערב ושתחייב א"ע ליתן ליה מקום וביארתי זה הסברא בארוכות עיי"ש · ומלבד זה ג"כ ניחא הכא דכיון שקיבל עלי' הנפקד לשמור פירותיו בודאי שהחייב א"ע ליתן לו מקום להמפקיד כדי שישמור שם פירותיו כמובן · ומה שכתב עוד שם דהרא"ש פרק קמא דפסחים כתב דאע"ג שהנפקד קיבל עלי' אחריות מ"מ עיקר הממון של בעלים הוא וכיון שהשאילו הנפקד ביתו לשמירת ממונו קרינן ביה ביתו משמע מדבריו ז"ל דשהכנסת הפירות שם נעשה רשותו בלא חזקה אחרינא · גם זה אינו מובן לי לפי מאי דאיתא בפ"ק דע"א (דף ע"ו ע"א) דשכירות לא קניא והאיך כתב הרא"ש דהבית הוא של המפקיד וקושיא זו הקשה השגת אריה בסימן פ"ג · אך נ"ל לדקדק בדברי הרא"ש דלכאורה תיבת קרינא ביה הוא מיותר דה"ל לכתוב להרא"ש כיון שהשאילו הנפקד ביתו לשמירת ממונו הוה ביתו · לכן נ"ל דכוונת הרא"ש דבאמת עיקר הבית של המשאיל · אך כיון שנתחייב הנפקד לשמירת החמץ ג"כ נתחייב ליתן לו מקום שיושמר שם · ולפ"ז החמץ מצוי אצל השואל והוה כמו שמונח בביתו דהא הטעם דיחד לו בית דאינו עובר הנפקד אף דשכירות לא קניא לגמרי מקרא דלא ימצא מחמת שאינה מצוי אצלו ומשום זה כתב המקור חיים בפירוש הרא"ש הזה בסימן ת"ם ס"ק ה' דכן מרבינן מקרא דלא ימצא כשהחמץ של השוכר והוא בביתו שמושכר לו · כיון שהוא מצוי אצלו · דאין סברא כלל לומר דרחמנא מיעטיה תרווייהו הן כשהחמץ של משכיר בבית השוכר והן כשהחמץ של השוכר בבית השוכר ובודאי כיון דדרשינן מלא ימצא דבעינן מצוי העיקר תלוי במי שמצוי אצלו החמץ נגד זה קרוי ביתו אף דשכירות לא קני כלל · ולפ"ז גם לפי דברי כיון שהמפקיד התחייב א"ע ליתן לו מקום לשמירת החמץ ומחמת זה נקנה המקום להשואל שיהיה נקרא שותף עם המשאיל במקום הזה · וכיון דס"ל להרא"ש דשכירות ליומי ממכר כמו שבירתי בסוף פרח ד' · ובפרח ה' · בודאי נקרא שהחמץ מצוי אצל השואל דגם שואל כל ימי שאלתו ג"כ נקנה להמשאיל שיהא שותף במקום שמונח החפץ שהשאיל לו כמו שאברר אי"ה בפרח שאחר זה דשאלה ושכירות דין אחד להם · בזה הדבר · לכן כתב הרא"ש דקרינא ביתו אף דעיקר הבית הוא של המשאיל · מ"מ המפקיד עובר · דלענין זה קרינא ביה שבית הוא של המשאל בלבד · ולפ"ז לפי פירוש המקור חיים בדברי הרא"ש בודאי אין ראיה דבאמת לא יש שום קנין להשואל במקום שמונח החמץ · ואף לפי דברי בפירש הרא"ש שהקנה להמשואל במקום שמונח החמץ · מטעם חיוב הוא · לפ"ז אין שום ראיה מדברי הרא"ש דפסחים דסובר כדעת הרמב"ם דלצור כלי' לתוכו הוה חזקה · ומה שכתב עוד שם איברא דיש להבין בדבריהם במה שאמרו דכל נפקד סתמא משאיל רשותו למפקיד · דבפ' מפילין אמתניתין דמי שהיה פירותיו בעיר אחרת ועירבו בני אותה העיר לא יביאו לו מפירותיו אתמר עלה המפקיד פירותיו אצל חבירו רב אמר כרגלי מי שהפקידו אצלו ואותביה ליה ממתניתין דתנן ואם עירב הוא פירותיו כמוהו ומשני אמר רב הונא מתניתין כגון שיחד לו קרן זווית ופירש"י שיחד לו קרן זווית דאוקמי ביתא הלכך ברשות המפקיד הן יע"ש · אלמא מוכח דכל נפקד סתמא לא משאיל מקום למפקיד עד שמייחד ליה מקום אבל כי לא מייחד לו מקום לא ואין צריך לומר היכא דקביל שמירה לא השאיל ליה מקום עיי"ש שהאריך כי קצרתי בדברי' · גם זאת אינו מובן לי דהא הקושיא הזאת אינה על הפוסקים לבד כי גם על הגמרא קשיא דהא איתא בב"ק (דף מ"ח) הנ"ל דאף שלא קיבל עלי' שמירה רק אמר לי' בסתמא שיכניס שורו לחצירו אקנויה אקני לי' מקום ומכ"ש אם קיבל עלי' שמירה בודאי הקנה לו מקום אף שלא ייחד ליה מקום · דהא התם בב"ק הנ"ל לא ייחד לו מקום לשורו והאיך אמר בפרק מפילין דאינו נקנה מקום להמפקיד רק כשייחד לו המקום · ולפי הוכחת בעל מחנה אפרים שמוכיח מהגמרא כפירש"י בפרק מפילין הנ"ל עיין שם בדבריו יהיה קשה דברי הגמרא דפ' מפילין והב"ק הנ"ל אהדדי דסותרין זה את זה · אך נראה לי דלא קשה כלל דבתחומין הלכו חכמים שיהיו הפירות כמו האיש שמונח ברשותו · ובמקום שהוא יכול לילך גם הפירות יכול להוליך עמו · ולפ"ז אם לא ייחד לו מקום ויכול הנפקד להניח הפקדון באיזה מקום שירצה אם יש לו עוד בית אחר בסוף אלפים אמה · לכן בעינן דוקא שייחד לו מקום · אז הוי הפירות כרגלי המפקיד כיון דבהול אינו רשאי לשנות את מקומן דהא יחד לו מקום · בודאי בשבת מלבד שאינו רשאי לשנות מקומם שאסור לעבור על דעת המפקיד לבד זה אסור משום תחומין דהא אינו ברשות של הנפקד כלל דהוי כמו שמונח בביתו של הנפקד כיון דיחד לו מקום גם שאר דבריו אינם מובנים לי · ולא רציתי להאריך עוד בזה :

פרח ז

אך זאת נשאר לנו לברר לפי דעת הפוסקים היינו הרמב"ן והרשב"א והרא"ש ומהר"ם והריטב"א שהבאתי דבריהם לעיל בפרח ד' ודעת הרא"ש שהבאתי בפרח שקודם דשכירות ליומי ממכר הוא והובא דבריהם במחנה אפרים בהלכות שכירות סימן ה' וביארתי את דבריהם בפרח ד' ובפרח הקודם שהשוכר והמשכיר שמה שותפין בבית המושכר · מהא דאיתא בע"א (דף ע"ה ע"ב) אמר רב נחמן אמר רבי אבהו לא שנו אלא בלקוחין וכמעשה שהיה אבל שאולין לא · פירש דאם שאל כלי מן העכו"ם אינו צריך טבילה · ודוקא אם קנה כלי אז צריכין להטביל עכ"ל הגמרא ופירושה · דלכאורה קשה כיון דס"ל להפוסקים הנ"ל דשכירות ליומיה ממכר הוא וקנה גוף הדבר ששכר כל ימי שכירתו · אמאי אין צריכין להטביל כלים שאולין דכמו דבשכירות קנה גוף הדבר מחמת כי יכול להשתמש בהחפץ כפי רצון השוכר ה"נ בשואל דג"כ יכול להשתמש כפי רצונו ג"כ נקנה לו גוף הדבר כל ימי שאלתו · אך ראיתי להים של שלמה בפרק ה' דב"ק בסוף סימן ל"ג וז"ל אבל שכר בהמות או שאר מטלטלים או המשכנם פשיטא דלא יכול להקדים · מדר' יוחנן דאמר מה ביתו ברשותו אף כל שברשותו וזה אינו ברשותו · ואף הרי"ף לא כתב בפ"ק דב"מ שיכול להקדיש מטלטלים שלו אף שאינו ברשותו אלא דוקא פקדון דלא כפריה דהוי כמו ברשותו אבל לא מה שיש לחבירו עליו קצת שיעבוד וכו' וגם בריש סימן ל"ד כתב ג"כ זה והאר זה כתב והא המשאיל אוסר בקונם · גם זאת נראה דפשיטא שיכול לאסור דהא אין שייך כאן טעמא דמכירה כלל · ולפ"ז לא קשה על דברי הפוסקים הנ"ל מהך דע"א הנ"ל דגבי שואל לא אמרינן כמו דאמרינן גבי שוכר דהוה כמוכר · אך דבריו אינם מובנים לי דהא כתוב בחידושי הר"ן וכן הנימוקי יוסף בב"מ בהשואל (דף נ"ט) איכא מאן דאמר דכי מהני משיכה בשומרים דוקא בשואל ובשוכר שכיון שהן משתמשים בגופו של כלי ה"ל כמכירה ליומיה ודין הוא שתקנה להן משיכתן שכיון שהן זוכין בגופו של דבר וכו' עכ"ל · אלמא דגם בשואל אמרינן ג"כ כל ימי שאלתה נקנה לו גוף הדבר כמו דאמרינן גבי שכירות והאיך כתב הים"ש דיכול המשאיל לאסור בקונם דאין שייך בשאלה קנין בגוף הדבר כלל · וגם מה שכתב דאינו יכול המשאיל להקדיש המטלטלין דאינם ברשותו · גם זאת אינו מובן ומקודש אכתוב מה שכתב הקצות החושן עליו (בסימן רי"א סעיף ז' סק"ב) דיש ראיה ברורה מדברי תוס' פרק השפינה (דף פ"ז) ד"ה הלוקח כלי מבית האומן ז"ל לכאורה נראה דחייב לשלם דחשוב כשואל כו' מיהו ר"י פירש בב"מ דנאנסו חייב בשליחה משום דחשוב כלוקח וכו' וכן נראה לר"י דחשוב לוקח ומייתי

דליה

ראיה מהא דלקמן דאייתי קרא לפום נכרא אתי כו"ע בקול קרי קרי אמר להו הרי הן מקודשין לשמים אתי לקמיה דרב כהנא אמר להו אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו ואי שואל הוי אמאי לא יוכל להקדיש מה שהשאיל ביד אחרים כמו בהמשכיר יוכל להקדיש עי"ש · הרי שכתבו בפשיטות דמטלטלין השכורין והשאולין יוכל להקדיש · וגם בב"י כתוב שם כדברי התוס' · ולפענ"ד אינו מובן לי דברי הקצות החושן דנוכל לומר היכא דיכול להשתמש בגוף הדבר השאול החפץ הוא ברשות השואל דהא כמה פוסקים ס"ל דיש ליה קנין להשואל בגוף הדבר כמו שהבאתי לעיל · לכן נוכל לומר דאף להפוסקים דפליגי על זה דאין לשוכר ולשואל קנין בגוף הדבר מ"מ הוא ברשות השואל כיון דיכול להשתמש בגוף הדבר · אבל גבי הך דלוקח כלי מבית האומן על מנת לבקרו דאינו יכול להשתמש בגוף הדבר לצורכו דמסתמא מיירי ג"כ שיכול להבחינו גם בלי שימוש הכלי · ואף אם תדחוק לומר דמיירי באופן שאינו יכול להבחינו אלא א"כ משמש בגופה של דבר מ"מ הא דמביאין התוס' ראיה דחשוב לוקח מהך דאייתי קרי לפום נכרא דאינו יכול להקדישן כדאיתא התם · ואי שואל הוי אמאי אינו יכול להקדיש · בזה אין עולה על הדעת לומר דלא יוכל להבחינו הקרא אם טוב הוא עד שישמש בה דגם גבי קרא הא דנעשה שואל עלייהו הוא מחמת הנאה דנטלן כדי לבקרן כמ"ש השיטה מקובלת שם דבזה יש הנאה ללוקח שאם ימצא הקרי טובים כפי רצונו יקנה אותן דמיירי בזבינא חריפא · ולפ"ז כל זמן שלא נתן את הדמים אינו יכול לעשות בגוף הקרי שום דבר והנאה שלו הנאת חוץ הוא ולא בגוף הדבר כההך דאמרינן בב"מ (דף נ"ו ע"א) שאלה לראות בה מהו וכו' ופירש רש"י על זה בד"ה לראות שיהא נראה עשיר חשוב ולא ימשכו בעלי בתים ידיהם ממנו להקיפו באמנה ובאשראי · ולפי שיטת הרמב"ם הובא בסמ"ע (ס' שמ"ו ס"ק ע"ז) דאיבעי לענין שאלה בבעלים אבל באונסין בוודאי מחייב אף אם שאלו רק לראות ועיין במ"מ בפ"ב מהל' שאלה דין ט' הכי נמי בהך דנוטל כלי מבית האומן ע"מ לבקר וכו' וכן בהך דקרי קרי שגם התם נטלן ע"מ לבקר כמ"ש השיטה מקובלת שם לפי שיטת הפוסקים הא דמחייב באונסין מחמת דיש הנאה ללוקח שאם ימצא טובים כפי רצונו יקנה אותם הנאה הזאת אין הנאה ממש אלא גרמא הוא שמחמת זה יכול להיות שיהיה הנאה ממש שיקנה אותם כדי לאוכלן · לפ"ז כיון דבהך כלי דנוטל מבית האומן וכו' וכן בהך דקרי קרי וכו' דבשעה שמבקרים אין לו שום הנאה מגוף הדבר לכן כל מקום שהמה מונחים ברשותא דמרא איתא · לכן הוכיחו התוס' דהא דמחייב באונסין הוא מטעם לוקח · אבל אי אמרינן הא דמחייב התם מטעם שואל למה לא יכול להקדישם כמו דמשכיר בית דיכול להקדיש אף שהשוכר משתמש בה מכל מקום כיון דקרקע בחזקת בעליו עומדת לכן ברשות של המשכיר המה דיכול להקדישן · אבל היכא שהמה שאולים שמשתמש בה השואל ויהנה מגוף הדבר עומדת החפץ שאול ברשות השואל כיון דמצינו שיש פוסקים שסוברים דבשכירה ובשאלה נקנה גוף הדבר להשוכר או להשואל כל זמן משך השכירות או משך השאלה מצד הסברא ואפילו להפוסקים דס"ל דלא נקנה להשוכר או להשואל גוף הדבר · מ"מ עומדת ברשות השוכר כל זמן משך השכירות או ברשות השואל כנ"ל · כדי שלא לעשות פלוגתא רחוקה ביניהם · ברשות השוכר או ברשות השואל · וראיה לדברינו דגרמא בעלמא לא מיקרי הנאה גמורה : חדא מהך דבבא מציעא הנ"ל בשאלו לראות מהו דלפירוש רש"י שם ולשאר פוסקים שהובא בסמ"ע ס' שמ"ו הנ"ל · דאיבעיא הוא דאף שאינו מחויב באונסין השואל כיון דרק גרמא דהנאה הוא כמו שפירש רש"י שם והבאתיו לעיל ואף לשיטת הרמב"ם דאיבעי הוא לענין שאלה בבעלים גם כן מוכח דגרמא דהנאה לאו כהנאה ממש הוא דאם לא כן מהיכי תיתי לחלק ולומר דשאלה לראות אינו פטור מן האונסין אף אם שאלה בבעלים דמאי שנא משאר שואל · אבל אי אמרינן דגרמא דהנאה אינו מקרי הנאה יהיה ניחא · עיין בלחם משנה בפרק ב' מהל' שאלה דין ט' · וגם בנדרים (דף ל"ג ע"א) ג"כ מוכח דגרמא לא מקרי הנאה ממש דאיתא התם בעי ר"פ סוס לרכוב עליו וטבעת לראות בה מהו וכו' ופירש ר"ן ע"ז בד"ה סוס וכו' וכן נמי סוס לרכוב עליו לראות בה כדי שיראה כאדם חשוב כשירכוב על סוס ותהא טבעת על ידו ובשביל זה יתנו לו מנה יפה כי האי גוונא גרמא בעלמא הוא לו : אלמא דגרמא דהנאה אינה נקרא הנאה ממש · ולפ"ז לא קשה על היש של שלמה שמדברי התוס' דב"ב הנ"ל מוכח להיפך מדבריו כמו שהקשה הקצות החושן הנ"ל · דהתם כיון דרק גרמא דהנאה כמ"ש לעיל · לכן אין עומד החפץ ברשותו : ומשום זה יכול המשאיל להקדיש אותה · אבל היכא דהוה שואל ממש ויש לו הנאה בגוף הדבר השאול אף להפוסקים שסוברים דשואל אינה קונה בגוף הדבר השאול · מ"מ עומד ברשות השואל ואין המשאיל יכול להקדיש כמ"ש לעיל כדברי היש של שלמה הנ"ל :

עוד הביא הקצות החושן שם ראיה שלא כדברי היש של שלמה הנ"ל שסובר דמטלטלים השאולים או השכורים אינו יכול להקדיש מדברי תוספות דמרובה (דף ע') ד"ה לא כתבינן אורכתא וז"ל אבל אמטלטלין דפקדון כתבינן וכו' עוד דלעיל אמר אין הגונב אחר הגנב משלם כפל משום דאין בעלים יכולים להקדיש וגונב מבית הנפקד משלם כפל לבעלים כדתניא בהמפקיד ועיקר קרא בגונב מבית שומר כתב עכ"ל · וראיה זו נמי מוכרחת לשואל ושוכר דמשלם כפל לבעלים כמבואר בסוגיא שם ר"פ המפקיד וע"ש דבעי לה בשותפין ששאלו ושלם אחד מהם ומת שתי פירות כו' ועלו בתיקו ופסק הרי"ף דחולקין השואל והבעלים · וכן כתב הרמב"ם פ"ה מהל' שאלה ובטור סימן ש"כ ואם אינו יכול להקדיש מטלטלין השאול א"כ לית להו לבעלים כלום בכפל כיון דלאו ברשותא דידיה להקדישו · וע"כ שואל ושוכר דלא כפריה ברשות בעלים הוא · וראיה זו נכונה היא · אבל נראין להבין דלפי דברי הפוסקים שהובא בחידושי הר"ן ונימוקי יוסף פרק השואל הנ"ל דבשכירות ובשאלה הגוף הדבר קנוי להם כל ימי השכירה והשאלה ולדבריהם לכאורה אינו יכול להקדיש המשאיל החפץ השאול כיון דהוה כמו שמכורה אצלו גוף הדבר כל ימי השאלה והתוס' בב"ק הנ"ל הוכיחו דהמשאיל יכול להקדיש מדמשלם הגנב כפל לבעלים אם נגנב מבית השואל · ולפענ"ד דאף אי אמרינן דכל ימי השאלה הוה כמו שמכורה אצלו גוף הדבר היינו רק שקנוי ליה גוף הדבר להשואל להשתמש בה כל זמן משך שאלתו · אבל עיקר גוף החפץ השאול עומד ברשות המשאיל כדאיתא בביאורי הגר"א בסימן ע"ב שאר משכון מה שהוא יותר מכדי חובו הוה כמו שמונח ברשות הבעלים כמה שאמרו בב"מ (דף ל"ד ע"ב) מי נשבע מי שהפקדון אצלו וכו' עכ"ל המשנה שהובא שם · ושם מיירי במשכון ואפי"ה קרו לי' פקדון מוכח מזה דלכל הפחות מה שהוא המשכון יותר מכדי חובו כל היכי דמונח ברשותא דמרא איתא וע"ש מה שכתב הבעל מגיה בביאורי הגר"א באות י"ז ובסימן פ"ז באות ט"ז שהביא כמה פוסקים שמוכח מדבריהם דגם במשכון אמרינן דכל מקום שהוא מונח הוא ברשות הבעלים ולפ"ז ניחא · ונקדים מה דאיתא בקדושין (דף נ"ח ע"ב) לימא כתנאי הגונב טיבלו של חבירו משלם לו דמי טיבלו של חבירו דברי רבי רבי יוסי ברבי יהודה אומר אינו משלם אלא דמי חולין שבו מאי לאו בהא קמפלגי דמר סבר טובת הנאה ממון ומר סבר טובת הנאה אינה ממון וכו' וכתב הריטב"א על זה בד"ה לימא וכו' אי נמי דלמ"ד טובת הנאה ממון חשיב הוא כאילו כולו שלו לגמרי משום שהיא טובת הנאה דאית ליה בגויה וכדתנן המקדש בתרומות ומעשרות ומשמע השתא דומיא דהכן דמקדש בתרומה ממש ולא בטובת הנאה שיש לו בה וכן עיקר עכ"ל · אלמא אף דיש להבעלים רק טובת הנאה בעלמא והאחר הוא שייך להכהנים חשוב כאילו כולה שלו · כיון דמעורב טובת הנאה שיש להבעלים בכל הטבל מה שעתיד להיות נפרש לתרומה וגם עיקר הטבל הזה הוא של בעלים רק דהתורה נותנה שיתנה לכהנים חשוב כשלו לגמרי ועיין בקצות החושן בסימן

(בסימן רע"ה ס"ק א') ומה שכתב לדעת הריטב"א הנ"ל ועיין בכפתור שני · מה שכתבתי על קנות החושן · וכעין זה יש ראיה מבכורות (דף י"א) איבעי להו פדיונו לפודה או דילמא פדיונו לבעלים וכו' כי תבעי לך אליבא דרבי יהודה דאמר אסור בהנאה להקדש מדמי ליה ורחמנא אמר ונתן הכסף וקם לו · או דילמא כיון דקני להו בשינוי ושינוי לא דמי להקדש ופירש רש"י ע"ז דכיון דיכול לפדותו בשה כל שהוא חשוב ממונו דידיה הוא · ופשטינן שם מדתנן הגונב פטר חמור שחבירו משלם תשלומי כפל לבעלים · שמע מינה כיון דאתי ליה להבעלים רווחא דשינוי שינוי חשוב ממונו דידיה עכ"ל הגמרא ופירושה בקיצור ע"ש · מוכח ג"כ מזה דכל היכא דמעורב ממונו דבעלים בתוך מתנות כהונה חשוב המתנות כולה שלו · ולפ"ז ניחא אף להפוסקים דסוברים דכל ימי משך השאלה הוה כמכר לו גוף הדבר מ"מ יכול להקדיש וחשוב כאילו כולו שלו החפץ השאול ברשות הבעלים כיון דלא הוי כמכר לו רק שיכול להשתמש · אבל עיקר החפץ עומד ברשות הבעלים כדאמרינן גבי משכון כמו שכתבתי לעיל ויכול להקדיש · כמו דאמרינן שמעורב ממון הבעלים במתנות כהונה חשוב כאילו כולה שלו הכי נמי אמרינן כאן :

הדרן לדברינו דמוכח מחידושי הר"ן ומנ"י דפרק השואל הנ"ל דיש פוסקים שסוברים דכל זמן משך השאלה קנוי גוף הדבר להשואל · ולפ"ז לכאורה קשה מה שאמרינן בע"א הנ"ל דכלים שאולים מעכו"ם אינם צריכים להטביל אמאי הא הוי כמו שקונה הכלי · וביותר קשה לפי שיטת הרשב"א (הובא בב"י ביורה דעה סימן ק"כ בשם הרשב"א) דשכורים שוים לשאולים דגם בשוכר כלים אינו צריך להטביל · ולפ"ז לכאורה קשה דידיה אדידיה כיון דהוא פסק דשכירות ליומיה ממכר הוא קנה גוף הדבר · כדכתבתי בפרחים הקודמים וגם קצת מזה בראש הפרח · ואמאי סובר דאין צריך להטביל כלים השכורים · וכעין זה ראיתי שמקשה בספר ישועות יעקב בח"מ סימן קנ"ו נכדו של הגאון ז"ל · וזה תוכף דבריו · והנה בגוף הדבר דמדמו הפוסקים הך דשכירות לגבי קרקע זו שסברו להך דמשכנתא דאין בו משום דינא דבר מצרא · משום דהמלוה חשוב המצרן הראשון לגבי המשכנתא · יש לעיין טובא מהא דאיתא בש"ס בע"א (דף ע"ה) בהך דרב אשי דמשכן ליה עובד כוכבים כסא דכספא ואטבלה להשתמש בו דקאמר בה מר בריה דלא ידע אי משום דס"ל משכנתא כזביני או משום דחזיה דדעתא דעובד כוכבים למשקעה בידיה · ואילו בשכירות כלים מכותי קי"ל דלכו"ע אין צריכין טבילה הזינן דמשכנתא חשוב יותר מזביני ומשכירות · וא"כ מאי ראיה מהך דמשכנתא אין בו משום דינא דבר מצרא לשכירות וזהו דבר שראוי לעורר עליו באמת · ואחר כך הקשה עוד דהרא"ש בפסחים (דף ל"א) ולבתר פוסקים דהלכתא כרה"ק דישראל מעכו"ם לא קנה משכון האיך נוכל לומר דלא דהטביל רב אשי כסא דכספא דמשכן ליה עובד כוכבים משום דמשכנתא כזביני והרי בשכירת כלים מכותי קי"ל דאין צריך טבילה · ולדידהו שכירות ומשכנתא היכא דלא שייך לומר דקני ליה למשכון מדר"י שוים · המה אף במשכנתא בנכייתא דאוכל פירות ומכ"ש הך משכון דכסא דכספא · דהא ברב אשי השתמש בו מ"מ הוי רק משום דאין איסור להשתמש במשכונו של עובד כוכבים דלא עדיף מהפקעת הלואתו וכמ"ש ביו"ד סימן ק"כ · ואף לדעת קצת פוסקים דהך דרב אשי איירי שנתן לו העובד כוכבים רשות להשתמש בהכסא · מ"מ לא עדיף ממשכנתא בנכייתא דאוכל פירות ואפ"ה ס"ל להנך פוסקים דלא עדיף משכירות ומדוע יצטרך איפוא טבילה במשכונו דכותי יותר משכירות · ולדידי לפי דבריו קשה יותר דשכירות להנך פוסקים דס"ל דקונה גוף הדבר אף כששכר ישראל מעובדי כוכבים ג"כ קני גוף הדבר כל ימי שכירתו · ואפ"ה פסקו דאין צריך טבילה ובמשכנתא דקי"ל דישראל מכותי אינו קונה פסקו דצריך טבילה וזה כלפי לייא · ולפענ"ד לתרץ דאף להנך פוסקים דס"ל דשכירות קונה גוף הדבר אפ"ה אינו צריך טבילה כמ"ש בביאורי הגר"א ביו"ד (סימן ק"כ ס"ק כ') דלא

כתוב בקרא לקוחין דצריך טבילה דנימא דהדין דשכירות דליומיה ממכר הוא · אלא נלמד ממעשה שהיה ושם הוה דהכלי נחלטת לעולם לישראל מה שאין כן בשכורין דאינם לחלוטין · משום הכי אינו צריך להטביל · אך לפ"ז לכאורה נחזקת יותר הקושיא הא דמספקא למר בר רב אשי אי משכנתא כזביני וצריך טבילה הא גם במשכנתא לא לחלוטין של ישראל : ולפענ"ד לתרץ זאת וגם הקושיא שהקשה הגאון הנ"ל דהא קי"ל דישראל מכותי אינו קונה משכון · דלכאורה קשה על הרמב"ם שכתב בפ' י"ז מהלכות מ"א הלכה ו' לא חובו כו' אבל השואל כלי מן העובד כוכבים או שמשכנו עובד כוכבים כו' ואינו צריך להטביל כו' עכ"ל · והתעוררו עליה הראשונים והר"ן בע"א שם מבואר יותר מפני מה פסק הרמב"ם דבמשכנתא אין צריך טבילה הא מר בר רב אשי מספקא ליה · ותירצו דאזיל לטעמו דס"ל דטבילת כלים מדברי סופרים הוא משום הכי פסק לקולא עיי"ש · אך זאת נשאר לנו לתרץ דברי הרמב"ם ז"ל דהא בגמרא איתא בע"א (דף ע"ה) או משום דחזיא דדעתו דעובד כוכבי' לשקועי בידו עכ"ל הגמרא · הרי הזינן דמוכח בהדיא דכל היכי דמתחזיא דדעתו דעובד כוכבים לשקועי בעי טבילה והבאתי הגמרא לעיל באריכות עיי"ש ואמאי השמיט הרמב"ם הך דינא · ולא נזכר כלל שם בדבריו · ולפענ"ד לתרץ ומקודם אתרץ דברי הרמב"ם מה שכתב בפ' ה' מהל' גניבה הלכה ו' וז"ל גנב ופרע בחובו גנב ופרע בהקיפו אין בזה תקנת השוק אלא הבעלים נוטלים הגניבה בלא דמים ויבא הוא על הגנב · כשהיה משכן הגנבה בין שמשכנה ביתר על דמיה או בפחות מדמיה הבעלים נותנים לבעל המשכן וחוזרין ועושין דין עם הגנב · אלא א"כ היה הגנב מפורסם כמו שביארנו עכ"ל · והשיג על זה הראב"ד אמר אברהם אלא בכדי דמיה עכ"ל · וכתב ע"ז הרב המגיד שבאמת בגמרא לא הוזכר אלא שוה מאה במאה אבל אפשר שסובר הרב ז"ל דכיון דאמר בגמרא בתר הכי זביני שוה מאה במאתן וכו' ואיפסקא בכולהו עשו בה תקנת השוק אף משכונה כמכר ויש לחלק · ומה שתירץ על זה הכסף משנה כבר הקשה עליו הלחם משנה שם · ולפענ"ד לתרץ דמה שאמרינן בגמרא בב"ק (דף קט"ו ע"א) משכנתא שוי מאתן במאה עשו ביה תקנת השוק שוה בשוה · אמימר אמר לא עשו בו תקנת השוק מר זוטרא אמר עשו בו תקנת השוק ופסקו הפוסקים כמר זוטרא שעשו בו תקנת השוק עיין בח"מ סימן שנ"ו סעיף ז' · ולפי הנראה מדברי הסמ"ע שם בס"ק י"ח דהטעם דמר זוטרא מפני שידע המלוה שלא יניח הלוה המשכן ויפדיהו לכן שייך בו תקנת השוק שלא ימנעו בו אדם להלוות זה לזה עיי"ש · אבל לפי מה שכתב המרדכי בב"מ (דף קמ"ט סוף ע"ב) על ההוא שטען על המשכון יותר מכדי דמיו דמצי למימר לדידי שוה לי והביא ראיה לדין זה מפ' הגוזל בתרא דאמרינן התם והלכתא בכולהו עשו בו תקנת השוק לבר מגנב ופרע בחובו בין מכר בין משכון אפילו המשכון שוה מנה במאתן דשקל לוקח זוזי מהבעה"ב מגנב לבד גנב ופרע בחובו כו' משמע מדברי הללו דטעמא דר"ת ז"ל דכתב אפילו שוה מאה במאתן עשו תקנת השוק הוי משום דיכול המלוה למימר לדידי שוה לי המשכון מאתן הובא דבריו במשנה למלך בפרק ה' מהלכות גנבה הלכה ו' והסכים לזה השבט המ"ל · לפ"ז אין הפירוש כדברי הסמ"ע הנ"ל · וגם נפענ"ד לומר דהטעם דמר זוטרא דאם המשכון שוה בשוה דעשו בו תקנת השוק משום כיון דקפיד בדמים דעתו לשקועי כמו שכתבו התוס' בפרק איזה נשך (דף ס"ו ע"ב) ד"ה אי קפיד בדמי וכו' ונראה לפרש אי קפיד בדמי שמקפיד בשעת הלואה ליקח עליו שויא בזה התנאי א"כ דעתו הוי לשקועיה ביד המלוה ומבואר שם בתורת חיים בד"ה אי קפיד וכו' דלא הוה אשמעתא אלא היכא שבמתנה סבור שבודאי יקיים התנאי אבל כל היכא דמספקי ליה גמר ומקני כמ"ש בהדיא בטור סימן ר"ז · ולפי זה הכי נמי טעמא דמר זוטרא משום כיון ד[illegible] בשוה דקפיד בדמי דעתו לשקועי והוי כזביני משום הכי עשו ביה תקנת השוק · ואע"ג דפריך בב"מ הנ"ל רב אחא

מדיפתי

מדיפתי לרבינא דאמר אם קפד בדמי בודאי קנה דילמא שבור כי היכי דלא תיתזיל ארעא ופירשו על זה התוס' שם דאינו רוצה לעשות שום תנאי שיש בו זילזול עיי"ש ולפי האתקפתא דרב אחא מדיפתי לכאורה לא נוכל לומר דהטעם דמר זוטרא משום דכיון דהמשכון שוה בשוה דעתו לשקועה והוה כזביני דדילמא משום הכי קפיד בדמי דאינו רוצה להראות את עצמו שהוא דחוק למעות שאם ישכון בפחות מכדי שוין יראו הכל שצריך למעות ותיתזיל ארעיה ושאר מטלטלים שלו לכן קפיד בדמי למשכן דוקא בשוין שמזה מובן שאינו דחוק כ"כ למעות מקפיד בדמי · אבל זה אינו מכמה טעמים · חדא דהתם אין דרך העולם לעשות שום תנאי שיש בו זילזול ארעא לכן אם יש בה תנאי זלזול מחמת זה תיתזיל ארעא · אבל גבי משכון דרך העולם למשכן על פחות משויא עיין ברש"י בפרק הגוזל בתרא שם בד"ה משכנתא שוה בשוה דכתב כן בהדיא · שנית בשלמא בהך ארעא הנ"ל אינו יכול לעשות התנאי במקום אחר וגם שאר שדותיו אינו יכול להוליכם למקום אחר למכור משום הכי אם יעשה במקום הזה תנאי שיש בו זילזול תיתזיל שדותיו אבל גבי משכון דמטלטלין יכול להוליכם למקום אחר להשכינם ובמקום שדותיו אינם יודעים שהוא דחוק למעות וכיון דקפיד בדמיו למשכן שוה בשוה דעתו לשקועה והוה כזביני · שלישית דהא קיי"ל דאין לקרקע דין אונאה דפעמים נמכרת ביוקר ופעמים נמכרת בזול משו"ה דואג דתיתזיל ארעיה כיון דאין ידוע שויא של ארעא בבירור ירצה הקונה לקנות בזול דסובר בדעתו שאינו שוה יותר ובודאי ימכור לו הלוקח את השדה כיון שדחוק למעות · מה שאין כן במשכון מטלטלין דשומתה ידוע ובודאי ימצא קונה שיתן שוין דאם לא יתן אדם זה יתן אדם אחר · וכ"ת דלהכי השכינה שוה בשוה דאולי ירצה למכור אחת משדותיו ותיתזיל ארעא מחמת זה דזה אינו חדא דילמא לא יש לו כלל שדות ואפילו אם יש לו אולי לא יצטרך למכור · אף דחזינן דדחוק למעות דלוה על המשכון דיכול לומר שלבד המעות שלוה אינו צריך יותר ולמה לי' למכור אח"כ אחת משדותיו אבל בהך דפ' איזהו נשך הנ"ל דאמרינן זה הסברא דלא תיתזיל ארעא ולהכי קפיד בדמיו שם הפירש דעל הך שדה שהשכין אותה קפיד בדמי' דלא תיתזיל אותה שדה אם יצטרך למכור אותה מפני שרואין שצריך למעות כפי שויא אותה השדה כיון דהשכינה אבל על שדותיו אחרים על זה לא אמרינן דקפיד בדמי' דלא תיתזיל · ולפ"ז מדויק לשון הגמרא דאיתא בב"מ דלא תיתזיל ארעא דלשון יחיד הוא כדאיתא בב"ב (דף ס"א ע"ב) ההוא דא"ל לחבריה ארעא דבי חייא מזבנינא לך ה"ל הרתי ארעתא דהוה מתקריין דבי חייא אמר רב אשי חדא א"ל תרתי לא א"ל ואי א"ל ארעתא סתמא מיעט ארעתא שתים ואי א"ל כל ארעתא כל ארעתא דאית ליה כו' עכ"ל הגמרא דכונת הגמרא דלא תיתזיל רק הך ארעא שהשכין עליו אבל שאר שדותיו לא יוזלו מחמת זה כדכתבתי · לכן נוכל לומר דטעמא דמר זוטרא דמשום הכי עשו תקנת השוק גבי משכנתא שוה בשוה כיון דקפיד בדמי' דעתו לשקועה כמו שכתבתי בשם התוספות ר"פ איזהו נשך הנ"ל משום הכי הוי כזביני לפ"ז אם השכין הגניבה ביותר על דמי' ג"כ הדין דהבעלים נותנין הדמים לבעל המשכון כמו דאמרינן בב"ק (דף קט"ו) הנ"ל דהלכתא דאם זבן הגנב שוה מאה במאתן דעבו ביה תקנת השוק · כן הדין בהשכין יותר על דמי' דהא בודאי דעתו לשקועה והוי כזביני · וכן משמע משיטה מקובלת שם שכתב בד"ה משכנתא שוה בשוה וכו' מר זוטרא אמר עשו בו תקנת השוק אפילו לא יטול מאתים דאורחיה למשכן בדמים יקרים כי היכי דתהליט בידיו · ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם מה שכתב בהלכות גנבה בפרק ה' הלכה ו' הנ"ל שכתב משכן הגניבה בין שמשכנה ביתר על דמיה או בפחות מדמיה הבעלים נותנים לבעל המשכן וכו' דבגמרא מוכח דבמשכנתא הן שוה בשוה והן אם השכין ביותר מדמי' עשו בו תקנת השוק משום דקפיד בדמי' דעתו לשקועה והוה כזביני :

ולפי דברינו אלו יהיה ניחא דברי הרמב"ם בפ' י"ז מהלכות מאכלות אסורות הלכה ו' שכתב שם שאם משכן העובד כוכבים כלי אצל ישראל אין צריך להטביל מה שקשיא לן לעיל למה השמיט שם מה שמבואר בגמרא אלא הך דינא דאם דעתו לשקועה שהעובד כוכבים שמשכון אצל ישראל צריך טבילה דזה הדין מוכח ג"כ מב"ק (דף קט"ו) הנ"ל דאם דעתו לשקועה הוה כזביני והביא הרמב"ם הך דינא דאם דעתו לשקועה הוי כזביני בפ"ה מהלכות גנבה הנ"ל · לכן אינו מן הצורך לכפול הדברים ולאשמיענו הך דינא ג"כ גבי הלכות טבילת כלים דאנו יכולים ללמוד דאם דעתו לשקועה דהוה כזביני דצריך טבילה מהך דינא דאם דעתו לשקועה דהוי כזביני ועשו בו תקנת השוק כמבואר בהלכות גנבה הנ"ל · ולפי דברינו אלו לדברי הרמב"ם בודאי לא קשה מה שהקשה הגאון הנ"ל בספר ישועת יעקב כיון דפסקינן דישראל מעובדי כוכבים לא קנה המשכון למה אמרינן דאם דעתו לשקועה צריך טבילה כדאיתא בע"א (דף ע"ה) הנ"ל דהתם היינו טעמא דהוי כזביני אם דעתו לשקועה לפי שיטת הרמב"ם הנ"ל :

אך עדיין נשאר הקושיא של הגאון הנ"ל לפי דעת הראב"ד הובא בב"י בסימן ק"כ דמשכנתא צריכה טבילה וגם הביא דעת הרשב"א שמסכים לדעת הראב"ד ומשמע מדבריו שיטבילנו בברכה אפילו אם אין דעתו לשקועה · וגם הביא אח"כ דעת הפוסקים שהובאו בסמ"ג וכן דעת המרדכי שיטבילנו המשכון של עובדי כוכבים שמושכן אצל ישראל בלא ברכה אפילו אם אין דעתו לשקועה · ולכאורה קשה קושיות הגאון הנ"ל כיון דקיי"ל דישראל מעובד כוכבים אינו קונה משכון למה צריכין להטביל אף בלא ברכה · דהא הטעם דטבילת כלים כדי שיצא מטומאות של עובדי כוכבים לקדושתו של ישראל עיין בר"ן שם ובט"ז סימן ק"כ ס"ק א' ובמשכון אינו נכנס כלל לקדושתו של ישראל כיון דקיי"ל דישראל מעובד כוכבים אינו קונה · ולפענ"ד גם זה לתרץ על פי מה שהקשה הר"ן פרק כל שעה אמאי אמרינן דאי מקנה הגוי את ישראל על חמצו אחר הפסח מותר בהנאה כיון דבידו לפדותו אמאי אינו חשוב כחמץ של ישראל כדאמרינן גבי חלה דמיגו דאי בעי מיתשיל עליה כדידיה דמי לעבור עליו בבל יראה · והירך דלא דמי דהלו חלה לא מחסר אלא דיבורא בעלמא אבל הכא דמחסר ממונא לא אמרינן ביה הואיל וכו' עכ"ל ולפ"ז הכא נמי דאי משכן עובדי כוכבים אצל ישראל שאף דלא קנה שישראל בגוף המשכון מדרבי יצחק · מ"מ קנה שישראל את המשכון שלא יוכל להוציאה מיד העובד כוכבים עד שישלם לו מה שלוה עליו ומיקרי שנכנס המשכון לקדושתו של ישראל כיון דאין צריך שישראל ליתן לעובד כוכבים המשכון עד שיפדה אותו ומחוסר מעשה כזה הוי כזבינא דדמיא למעשה שהיה דהמדינים אינם יכולים להוציא כליהם מבני ישראל עד שיעשו מעשה דהיינו מלחמה וכמו דהתם נותה התורה להטביל את הכלים ה"נ גבי משכנתא · וגם ראיתי ביש של שלמה בב"ק פרק ה' סימן ל"ג שכתב הסמ"ג בשם הריב"א דמשכון דומה להקדיש שכרו דאינו יכול להקדיש דהוה כמו שאינו של משכיר כלל כדאיתא בירושלמי פרק מקום שנהגו · ה"נ במשכון אינו יכול להקדיש דהוה כמו שאינה של בעל המשכון עיי"ש שביאר זאת באריכות והביא דברי הירושלמי הנ"ל · ולפ"ז ניחא הא דפסקו הפוסקים דבמשכנתא אף אם אין דעתו של עובדי כוכבים לשקועיה אצל הישראל צריכין להטביל אף דישראל מעובדי כוכבים אינו קונה משכון מ"מ מיקרי שנכנס בקדושתו של ישראל דיצאו מרשות עובדי כוכבים לגמרי דדומה להקדיש שכרו דאינו יכול להקדיש כמ"ש הריב"א הנ"ל · ולכן פסקי הרשב"א מיושבים שפיר שהוא פסק דאם שכר ישראל מעובדי כוכבים אינו צריך טבילה אף דס"ל דשכירות ליומיה ממכר הוא כמו שהבאתי לעיל דבריו · ולגבי משכנתא הסכים להראב"ד שצריך טבילה ומשמע מדבריו שיטבילנה בברכה כדמשמע בדברי ב"י הנ"ל שדעת הרשב"א כן · ולכאורה קשה כלפי לייא הוא דהא בשכירות פסק דאין צריך טבילה אף דס"ל דשכירות

ליומיה

ליומיה ממכר הוא וגבי משכנתא דקיי"ל דישראל מעובדי כוכבים אינו קונה משכון פסק דצריך טבילה · ולפי דברינו ניחא דנראה מדברי הרשב"א בנדרים פרק ה' (דף מ"ו) ד"ה מתניתין דדעתו ג"כ כדעת הריב"א דמשכנתא דומה להקדיש שכרו לכן אינו יכול להקדיש דחשוב כמו שאינו שלו אבל בית המושכר אם לא הקדיש שכרו יכול המשכיר להקדיש · ולפ"ז מ"ש דבכלים השכורים מכותי דאין צריך הישראל להטביל איירי בלא הקדיש את שכרו אבל גבי משכנתא דדמיא להקדיש שכרו פסק דצריך טבילה דהוה כמו שאינו של עובדי כוכבים שמשכנה ומה שלא פירש הרשב"א דאם הקדיש השכירות צריך להטביל נוכל לומר דנלמוד זאת ממשכנתא · ולפ"ז יצא לנו דין חדש דאם ישראל שכר כלי מעובדי כוכבים והקדיש שכרו צריך להטבילה גופי דעת הריב"א והרשב"א הנ"ל שהסכימו שאין המשכיר יכול להקדיש כיון דהקדיש לו שכרו הוה כאילו שאינו של המשכיר · וכמו שכתבתי לעיל דבריהם · וגם דעת התוספות בנדרים (דף מ"ו) ד"ה אם יש לו תפיסת היד וגם הרא"ש שם הביאו הירושלמי בפרק מקום שנהגו וסיימו בדבריהם כשהקדיש שכרו אינו של המשכיר כלל עכ"ל וגם ממרוצת שארי פוסקים שהביאו הירושלמי הנ"ל · לכאורה משמע שהמה סוברים ג"כ כדעת הריב"א שהובא בסמ"ג ובדעת הרשב"א בנדרים הנ"ל · וגם כדעת התוספות והרא"ש שם · לכן נ"ל דבכלים השכורים מעובדי כוכבים אם הקדיש שכרו צריך להטבילנו עם כלי אחר או לכל הפחות בלי ברכה :

הדרן לדברינו דהא דמשכנתא דצריך טבילה אף דישראל מכותי אינו קונה משכון · מ"מ נקרא נכנס לרשותו של ישראל דדומה להקדיש שכרו כנ"ל וגם כיון שאין מחויב הישראל ליתן להעובד כוכבים המשכון עד שישלם לו מה שהלוה עליו ודומה למעשה שהיה · וכ"ת איך נכנס הכלי הממושכן ברשות ישראל דהא קיי"ל כרבי יוחנן דישראל מישראל קונה בכסף מן התורה · ולפ"ז ישראל מעובד כוכבים ועובד כוכבים מישראל אינו נקנה להם אלא במשיכה כמבואר כל זה בש"ס ובפוסקים במה קנה הישראל הכלי שממושכן לו מן העובד כוכבים שיכנס לרשותו לתפוש אותו עד שישלם לו הכותי המעות שהלוה עלי' · לפי מה שכתב הרב רבינו יהוסף הלוי שהביאוהו דבריו בכמה פוסקים ראשונים על פי פירוש דברי הידושי הר"ן בב"מ (דף ד' ע"ב) בד"ה ולענין וזה דברי רבינו והוסיף הלוי ז"ל דמי שמודה במקצת הלואה ורוצה ליתן משכון למלוה בחותו מקצת דלא הוי הילך: דאמרינן בפ"ק דקדושין אמר רבא אמר ר"נ התקדשי לי במנה והניח משכון עליהם אינה מקודשת מנה אין כאן משכון אין כאן · ומקצת הראשונים דחו דבריו ואמרו דאין הנידון דומה לראיה עיי"ש בחידושי הר"ן שהביא דבריהם · ופירש הר"ן דברי רבינו יוסף הלוי ז"ל כיון דקיי"ל דמלוה אינו קונה כדאמרינן בפרק האיש מקדש ושוין במכר שזה קנה ואי מלוה להוצאה ניתנה במאי קנה · נמצא שהמשכון זה אינו נקנה בחוהו מלוה · במאי תאמר שקנה במשיכה השתא אפילו הקנה למלוה לגמרי קנה במשיכה כ"ש כשיקנהו במשכון זאת לא נוכל לומר כן דהא אמרינן בפרק קמא דקדושין מנה אין כאן משכון אין כאן שאין המטלטלין נקנין במשיכה במשכון בעלמא זהו תורף פירש הר"ן ודברי רבינו יוסף הלוי ז"ל וע"ש כי קצרתי בזה · ולפ"ז לכאורה קשה במה קנה הישראל מעובד כוכבים המשכון שיכנוס לרשותו לתפוש החובו דבכסף שהלוה לו אינו קונה דישראל מעובד כוכבים לא היה קונה בכסף וגם במשיכה אינו יכול הישראל לקנות המשכון דבמשכון אינו יכול לקנות במשיכה לפי דברי רבינו יוסף הלוי ז"ל ואמאי צריך להטביל · ויש לתרץ כמו שכתב הקצות החושן ריש סימן ע"ב דהיכא דלא שייך משיכה קונה הישראל מעובד כוכבים ועובד כוכבים מישראל בכסף כמו שכתב בהגהות אשרי פרק הזהב וכמו שכתבו התוספות בע"א פרק השוכר (דף ע"ב ע"א) ד"ה ומאי וכו' דבמניחה ומתנה דליכא זוזי קנה העובדי כוכבים מישראל וישראל מעובד כוכבים במשיכה וסברא זו סברתיה מעצמי ת"ל מדברי התוספות הנ"ל ואחר כך מצאתי שכתב הקצות החושן זאת הסברא בריש סימן ע"ב · וצ"ל דגם התוספות בפרק השואל (דף צ"ט ע"א) ד"ה כך וכו' כיוונו ג"כ לזאת הסברא דכתבו דמה שאמר בגמרא שם כך תקנו משיכה בשומרים דלא להתחייב באונסין קאמר דהא שומר חנם וכו' ואי אשואל קאמר מדאורייתא נמי לא קני אלא במשיכה וכו' עכ"ל דמשמע דליכא מאן דפליג דשואל מדאורייתא לא קני אלא במשיכה · דאם איכא מאן דאמר דס"ל דבשואל יש נמי קנין אחר מדאורייתא היכי הוכיחו התוספות דלא אמר רבי אליעזר דכך תקנו משיכה לא קאי אשואל · דילמא ר"א ס"ל כהך מ"ד דיש קנין אחר בשואל מדאורייתא · לכן קאמר ר"א דתקנו חכמים שבמשיכה דוקא קונה אלא ודאי דליכא שום מ"ד דס"ל דיש קנין אחר בשואל מדאורייתא להתחייב באונסין רק החיוב של השואל באונסין הוא במשיכה · ומאי דאמר רב הונא השואל קרדום בקע בו קנאו כו' מפורש שם דלאו לכל מילי אלא לחזרה · ולכאורה צריכין להבין דלר"י דס"ל דדבר תורה מעות קונות אינו מפורש קנין משיכה כלל עיין בב"מ (דף מ"ז ע"ב) דדוקא לר"ל דס"ל דאין מעות קונות מדבר תורה לדידיה קנין משיכה מפורשת בתורה · אבל לא לר"י · ואיך נוכל לומר דשואל מתחייב באונסין מן התורה בקנין משיכה כיון דלא מצינו בשום דוכתא שיהיה נכתב בתורה קנין משיכה · וצריכין אנו לומר דכיונו התוספות לסברת הקצות החושן שהוכיח מהגהת אשרי דב"מ הנ"ל ומתוספות ע"א הנ"ל דהיכא דליכא קנין אחר נקנים במשיכה · לכן כתבו התוספות ג"כ בפ' השואל ואי אשואל קאמר מדאורייתא נמי לא קנה אלא במשיכה :

וראיתי בספר ישועות יעקב בח"מ בסי' קנ"ו שכתב שם נכד הגאון ז"ל שבשיטה מקובצת בפרק הזהב חלק על סברא זו שכתב הקצות החושן הנ"ל דלר"י דס"ל דבר תורה מעות קונות ולא משיכה גם במתנה אינו קונה במשיכה וגם הביא ראיה לדברי השיטה מקובצת שאנו עסוקים בו דאמר רב הונא בב"מ (דף צ"ט) השואל קרדום מחבירו בקע בו קנה ומסיק דקנאו לענין חזרה דכשבקע בו אין המשאיל יכול לחזור בו עוד אבל קודם שבקע בו עדיין יכול לחזור מהשאלה דמשיכה אינו קונה בשומרים ופליגא דרבי אמי דאמר דהמשאיל קרדום של הקדש לחבירו מעל לפי טובת הנאה שבו וחבירו מותר לבקוע בו לכתחילה דקנאו השואל תיכף במשיכתו ויצא לחולין · ואח"כ מייתי הא דאמר ר"א דכשם שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים עיי"ש ובפוסקים · הרי דגם בשומרים משיכה אינו קונה רק מתקנת חכמים דדבר תורה מעות קונות ולא משיכה · ואף גבי שואל דליכא מעות משיכה אינו קונה רק מדרבנן לר"א ולרב הונא דלא ס"ל הך דתקנו משיכה בשומרים באמת יכול לחזור ביה המשאיל כל שלא בקע בו דמשיכה אינו קונה אף היכא דליכא מעות כשיטת השיטה מקובצת שכתב בשם הרמב"ן הנ"ל בפרק הזהב · ולפענ"ד אין ראיה מכאן לשיטת הרמב"ן הנ"ל · דנ"ל דאין מכאן שום הוכחה דהא כתב השיטה מקובצת על הסוגיין (דדף צ"ט) בד"ה אמר רב הונא וכו' שהקשו על רב הונא דס"ל דדוקא אם בקע קנה בהתחלת המלאכה מאי קנין הוא זה · ותירץ דהא תקנתא דרבנן הוא מפני תיקון העולם שלא יהא אדם משאיל או משכיר כליו לחבירו ואחר שיתחיל במלאכתו שיחזור בו ויניח מלאכתו מותחלת ולפי דבריו ליכא שום קנין מן התורה לשואל שלא יוכל המשאיל לחזור בו דאי יש קנין אחר מן התורה שיכול לחזור ביה למה הוצרכו רבנן לתקן מפני תיקון העולם שלאחר שיתחיל במלאכתו יחזור בו המשאיל ויניח מלאכתו מותחלת אף שהקנין בהתחלת המלאכה לא מצינו בשום דוכתא כגון מקח וממכר ומתנה ובדומה שיקנו בו מ"מ מחמת תיקון העולם תקנו כן ואם יש קנין אחר למה הוצרך לתקן הקנין הזה שלא מצינו בשום דוכתא הא יכול להקנות בקנין המועיל בשארי דוכתא אלא ודאי דליכא שום קנין המועיל בשארי דוכתא שיהיה נקנה בשואל לכן הוצרכו חכמים לתקן שיהיה הקנין בהתחלת המלאכה דדרכי התירה דהמשאיל והשואל יכולים לחזור · ולא נוכל לדחוק ולומר דלעולם איכא קנין מדאורייתא גבי שואל

דאין

דאין המשאיל יכול לחזור · ומה שהוצרכו חכמים לתקן לרב הונא גבי שואל קנין התחלת המלאכה משום דלפעמים יתחיל השואל במלאכתו קודם שעשה הקנין המועיל ויחזור המשאיל ויהיה מלאכתו מותחלת כנ"ל · לכן אמר רב הונא שגם אם בקע בהקרדום השאול ג"כ קני דלא יוכל המשאיל לחזור כיון דהתחיל במלאכתו · דזה אינו דא"כ אמאי אמרינן בגמרא שם דפליג רב הונא אדר' אליעזר כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים ורב הונא ס"ל אם בקע בהקרדום קנה דנוכל לומר דלא פליגי דמה שאמר רב הונא אם בקע בו קנה היינו משום דלפעמים יתחיל במלאכתו קודם שעשה המשיכה וכ"ת כיון דלקח הקרדום בידו לבקע בה היינו משיכה דנוכל לומר דנטל הקרדום לבקע בה ברשות הרבים או בחצר שאינה של שניהם דלא מהני קנין משיכה רק בסימטא או בחצר של שניהם (עיין בחו"מ סימן קצ"ח סעיף ט') וקנין מסירה אינו קונה בקרדום (עיי"ש בחו"מ סימן קצ"ז ובסמ"ע ס"ק ח') וגם בקנין מסירה בעינן שיאחוז בה בפני המוכר או ע"פ דיבורו עיי"ש · לכן אמר רב הונא דהשואל קרדום מחבירו בקע בו קנה משום דלפעמים יתחיל במלאכתו קודם שמשך דאינו מועלת בכל מקום מה שנטל הקרדום לבקע בה כנ"ל ויהיה מלאכתו מותחלת לכן תקנו חכמים שאם בקע בו קנה · אבל לעולם קנין משיכה ס"ל דג"כ מהני כר"א והאיך מוכיח הגמרא מרב הונא דפליג על ר"א · אלא ודאי דס"ל להגמרא מדאמר רב הונא דהוצרכו חכמים לתקן קנין התחלת המלאכה שאינו מועלת בשום דוכתא משום דמן התורה לא שייך קנין אחר גבי שואל ומשאיל · דמדרכי התורה הוא שהשואל והמשאיל יכול לחזור לכן תקנו חכמים קנין התחלת המלאכה · ולפ"ז מוכח דפליג ר"ה אדר"א דר"א ס"ל דשייך קנין משיכה גבי שואל ומשאיל · וגם נוכל לומר דהוכחת הגמרא דפליג אדר"א מדאמר לא בקע בו לא קנה משמע דס"ל לר"ה דבלאו קנין דבקיעה ליכא קנין אחר דיהיה נקנה בו לכן אמר הגמרא דפליגי אדר"א · ולפ"ז ג"כ מוכח דלא יש קנין אחר לרב הונא רק הקנין דהתחלת המלאכה וזה רק מדרבנן כמנא דמדאורייתא השואל והמשאיל יכול לחזור וגם בחידושי הר"ן שם בד"ה כדרך כתב דשואל יכול לחזור בו · דעיקר שאלה לצרכו של שואל כדאמרינן לעיל כל הנאה שלו הלכך אם בא לחזור הרשות בידו עכ"ל · ולפי דבריו גם המשאיל יכול לחזור בו דלכאורה אין סברא לומר שהשואל יכול לחזור בו והמשאיל אינו יכול לחזור · וכ"ל להביא ראיה מסנהדרין (דף ע"ב ע"א) אמר רב הבא במחתרת ונטל כלים ויצא כו' מאי טעמא בדמים קנינהו אמר רבא מסתברא מילתיה דרב בשובר דליתנהו אבל נטל לא והאלקים אמר רב אפילו נטל דהא יש לו דמים ואנסו חייב אלמא ברשותו קיימי ה"נ ברשותיה קיימי ולא היא כי אוקמינא רחמנא ברשותיה לענין אונסין אבל לענין מקנא ברשותיה דמרייהו קיימי מידי דהוה אשואל עכ"ל הגמרא · ואם נאמר דהמשאיל לא יכול לחזור בו לא דמי גנב הבא במחתרת לשואל דהא חזינן דמתחלה דאמר רבא דאלקים אמר רב אפילו נטל דהא יש לו דמים ואנסו חייב אלמא ברשותו קיימי ה"נ ברשותו קיימי דסובר רבא שרב מוכיח מדחייב באונסין קנה הגנב לגמרי דאל"כ מהיכי תיתי יתחייב באונסין דהא יכול לומר לו נסתחפה שדיך דבהמה שלך מתה · לכן הוכיח רב דקנה הגנב · לכן אם יארע אונס בחפץ של הגנב יתרמי האונס וכיון דמחויב הגנב להחזיר להבעלים לכן מחויב באונסין דשפיר לא נוכל לומר נסתחפה שדיך דהא הבהמה של הגנב · וכיון שכן מאי מדמה רבא גנב לשואל הא יש חילוק רב ביניהם · דבשלמא בשואל חייב באונסין כיון דלא יכול המשאיל לחזור אף לשיטת הפוסקים שסוברים ששואל אינו קונה גוף הבהמה כדכתבתי לעיל מ"מ עומדת ברשות השואל לענין שלא יכול המשאיל לחזור בו לכן מתחייב השואל באונסין דאינו יכול לומר נסתחפה שדיך דהא עומדת ברשות השואל · אבל גבי גנב דיכולים הבעלים ליקח הגניבה מידו בכל עת שירצו לכן אם אינו קונה הבא במחתרת לגמרי למה יתחייב באונסין דיכול הגנב לומר להבעלים נסתחפה שדיך · ולשיטת הפוסקים שהובאו בחידושי הר"ן (בדף נ"ט) הנ"ל והנ"י שם

דשואל קונה גוף הדבר השאול כל ימי שאלתו והבאתים לעיל בודאי לפי דבריהם יש חילוק בין גנב לשואל דבשלמא בשואל חייב באונסין כיון דאינו יכול המשאיל לחזור ויש לו קנין בגוף החפץ השאול לכן מתחייב באונסין דלא יכול לומר נסתחפה שדיך מה שאין כן בגנב דאינו עומדת ברשותו דיכולים הבעלים ליקח מאתו בכל עת שירצו לכן אם אינו קונה הבא במחתרת לגמרי החפץ שגנב לא התחייב באונסין דיכול לומר להבעלים נסתחפה שדיך · ולפ"ז שפיר מוכיח רב מדחייב באונסין אלמא ברשותו קיימי ה"נ ברשותו קיימי ומאי קאמר רבא ולא היא · אלא ודאי דגם גבי שואל המשאיל יכול לחזור ואינו עומדת ברשותו של השואל מדאורייתא לענין חזרה · וכ"ת כיון דלהנך פוסקים שהבאתי לעיל יש קנין להשואל בגוף הדבר השאול אין סברא לומר שהמשאיל יכול לחזור כיון דנקנה גוף הדבר להשואל · דנוכל לומר דהא דקונה השואל בגוף הדבר כל ימי שאלתו לקצת פוסקים היינו לאחר שתקנו חכמים משיכה בשומרים כדאמר ר"א הנ"ל וכוותיה קיל"ן · אבל קודם שתקנו חכמים קנין המשיכה אין להשואל קנין בגוף הדבר ויכול המשאיל לחזור לכן אמר רבא ולא היא דליכא שום הוכחה מדחייב הגנב הבא במחתרת באונסין מוכח דקני החפץ הגנוב לגמרי · דלעולם נוכל לומר דלא קנה ומה שמחויב הגנב באונסין מידי דהוה אשואל דמדאורייתא אין לו קנין בגוף הדבר השאול להשואל וגם יכול המשאיל לחזור ואפ"ה חייבו התורה באונסין ה"נ גבי גנב הבא במחתרת אף דלא קנה לגמרי מ"מ מחויב באונסין [ומה שלכאורה קשה למה השואל חייב באונסין הא יכול לומר נסתחפה שדיך כיון דאין לו קנין בגוף הדבר וגם המשאיל יכול לחזור יבואר בדברינו לקמן בזה הכפתור אי"ה] וכעין ראיה זו יש להביא מב"מ (דף מ"א ע"ב) רבא אמר לא תאמר שליחות יד לא בשומר חנם ולא בשומר שכר ותיתי משואל ומה שואל דלדעת בעלים קא עביד שלא בה יד חייב שומר חנם ושומר שכר לא כל שכן למה נאמר · הדא לומר לך שליחות יד אין צריכה חסרון והידך שלא וכו' עכ"ל הגמרא · ואם נאמר שאין המשאיל יכול לחזור מדאורייתא לא נוכל למילף שאם שלחו השומר חנם והש"ש ידם יהיו חייבים באונסין משואל דנוכל לומר דבשלמא שואל חייב באונסין משום דעומד ברשותו אבל בשומר חנם ושומר שכר דאינו עומד החפץ שמחויבין לשמור ברשותן לכן הוה אמינא דפטור מן האונסין אף אם שלחו בה יד לכן צריכה התורה לכתוב בפירוש שאם השומר חנם והשומר שכר שלחו ידם חייבין באונסין ולמה אמר רבא דלא תאמר שליחות יד וכו' אלא ודאי דמדאורייתא יכול לחזור לכן אמר רבא דלא הוצרך התורה לכתוב שליחות יד לא בשומר חנם וש"ש דנוכל למילף משואל [ובאר דברינו בסוגיא זה יבואר לקמן אי"ה בכפתור הזה]:

וכן נראה לי להביא ראיה דהמשאיל יכול לחזור מדאורייתא מדברי הנ"י בר"פ השואל על הא דאמרינן בגמרא שם מדקתני סיפא וא"כ מכלל דרישא דקתני עמה עמה ממש הוא היכי משכחת לה פרה במשיכה ובעלים באמירה וכו' עכ"ל הגמרא · וכתב על זה הנ"י · פירוש פרה במשיכה ובעלים באמירה להו למימרא דבעלים משתעבדי באמירה שלא יוכלו לחזור בהם כי היכי דמקני פרה במשיכה דהא אע"פ שהתחילו במלאכה יכולין לחזור בהם כדאיתא בפ' האומנין (דף ע"ז) הלא ה"ק ובעלים באמירה דאמירה דידהו כהתחלת מלאכה היא ובאמירה בעלמא השוב כשאל דכתיב באריה ישראל לא יעשו עולה וכל שקיבל עליו לעשות מלאכתו בעליו עמו קרינן ביה שאין כאן ענין לקנין אחר כו' עכ"ל הנ"י לפ"ז מוכח דהמשאיל יכול לחזור דהא כלל הקרא דשאילת הבעלים עם שאלת הבהמה וכי היכי דהבעלים יכולין לחזור כמו כן הבהמה השאולה יכול המשאיל לחזור דהא הקרא אם בעליו עמו קאי על מה שכתב מקודם על מה דכתיב וכי ישאל איש משמע דדיניהם שוה דהמשאיל יכול לחזור בשניהם הן בשאילת עצמו והן בשאילת הפרה · וכ"ת הא אמרינן בחולין (דף קל"ו ע"א) ליליה אצ"ג דכתב רחמנא כסותך דידך אין דשותפות לא כתב רחמנא על כנפי בגדיהם לדורותם

והנה

ואלא כשותף צ"ל לכדרב יהודה דאמר רב יהודה טלית שאולה פטורה מן הציצית כל שלשים יום עכ"ל הגמרא ואם נימא דהמשאיל יכול לחזור למה אצטריך קרא כשותף למעט שאולה הא יכולין ללמוד מן הפסוק על כנפי בגדיהם דטלית שאולה פטורה מן הציצית דהא כיון דהמשאיל יכול לחזור לא מקרי בגדיהם כלל אם טלית שאולה הוא · דנוכל לומר דהא דאצטריך הכתוב לכתוב כשותף למעט טלית שאולה היכא דנשבע להשואל שישאיל לו טלית זה או התחייב א"ע בעת שישאיל לו טלית זה ובאופן זה אין יכול המשאיל לחזור אף מדאורייתא לכן לא נוכל ללמוד מן הפסוק דעל כנפי בגדיהם דטלית שאולה פטורה מן הציצית דהוה אמינא כיון דאין המשאיל יכול להזור מיקרי כסות השואל כל ימי שאלתו להכי כתבה התורה כשותף דמזה ידעינן דטלית שאולה פטורה אף באופן שהתחייב לו לשאול שאין המשאיל יכול לחזור דאל"כ מיותר הקרא דכשותף ולפ"ז אין ראיה לדברי שיטה מקובצת בפרק הזהב הנ"ל שהביא נגד הגאון בעל ישועות יעקב נ"י מהך דרב הונא דקודם שבקע יכול לחזור הרי מוכח מזה דאף היכא דליכא קנין אחר אינו מועיל קנין משיכה כדברי שיטה מקובצת · ומזה יהיה קשה על הגהות אשרי דפרק השואל ועל התוספות דפ' השוכר את הפועל הנ"ל דהוכיחו מדבריהם הקלות החושן הנ"ל דהיכא דליכא קנין כסף מועיל קנין משיכה דמזה אין ראיה לשיטה מקובצת הנ"ל ואין קושיא לדברי התוספות והגהות אשרי הנ"ל דהא הוכחתי דמדאורייתא המשאיל יכול לחזור דדרכי התורה הי' שלא יהיה שום קנין נתפס גבי חפץ השאול שלא יכול לחזור רק דחכמים תקנו מפני תיקון העולם שלא יכול לחזור אם התחיל במלאכתו כגון שבקע כדכתב השיטה המקובצת הנ"ל :

פרח ח

והנה לעיל בפרח ז' הבאתי מש"כ הקלות החושן שכתב בריש סימן ע"ב דהיכא דאינו מועיל קנין כסף או דליכא קנין כסף נקנין במשיכה והביא שם בשם הגהות אשרי ומתוספות פרק השוכר את הפועל (דף ע"ה) דסוברים כן ואנכי כתבתי בפרח הנ"ל שגם התוס' בפרק השואל (דף צ"ט) ג"כ סוברים כן עיי"ש · והנה הנ"ל הביא ראיה מגמרא דב"מ (דף מ"ח ע"א) אמר רבא קרא ומתניתא מסייע לר"ל קרא וכו' מתניתין מנא לן דתניא נתנה לבלן מעל ואמר רב דוקא בלן הוא דלא מחסרא משיכה אבל מידי אחריתא דמחסרה משיכה לא מעל עד דמשך ופירש"י בד"ה דוקא בלן קתני דמעל הנותן משום דשכירות גמורה היא בנתינת הפרוטה ואין יכול לחזור ביה שאין כאן למשוך · אבל אם נתנה על דבר שיש בה מה למשוך סימנו לא מעל עד דמשך עכ"ל הגמרא ופירושה · הרי מוכח מהגמרא דהיכא דלא מחסרה משיכה היינו דלא שייך בה משיכה שאין מה למשוך נקנה בכסף לר"ל אף דס"ל דהיכא דשייך משיכה לא קנה עד דמשיך · ולעיל בפרח ד' אות ח' מבואר שגם התוס' בגיטין (דף ל') ד"ה לא שנו ורש"י שם סוברים כן · ולפענ"ד נראה דגם לפירוש התוספות שם (בדף מ"ח) הנ"ל ד"ה בלן וכו' ג"כ נראה דמוכח זאת וכי היכי דלר"ל דס"ל דהיכא דיש מה למשוך לא קנה עד דמשך מ"מ היכא דאין לו מה למשוך נקנה בכסף ה"נ לר' יוחנן דס"ל דדבר תורה מעות קונות היכא דליכא קנין כסף נקנה במשיכה מן התורה והיכא דלא מועיל קנין כסף מן התורה כגון ישראל מעובד כוכבים או עובד כוכבים מישראל דהקנין שלהם מן התורה במשיכה והיכא דאין לו מה למשוך קונה בכסף · ה"נ גבי משכון של ישראל אצל עובד כוכבים או עובד כוכבים מישראל דלא מהני קנין משיכה לפי סברת רבינו יוסף הלוי ז"ל הובא בחידושי הר"ן לב"מ (דף ד) וע"פ פירושו שהבאתיו לעיל בפרח ו' אף שבכל קנינים במשיכה בהאי דוכתא כגון במקח וממכר וכדומה מ"מ במשכון נקנה המשכון מעובד כוכבים לישראל או מישראל לעובד כוכבים בכסף כיון דלא מהני קנין משיכה והוה כמי שאין לו מה למשוך כמו שאמרינן בב"מ (דף מ"ח) הנ"ל לר"ל :

ואין להקשות על הגמרא דב"מ (דף מ"ח) הנ"ל היכא אמרינן דוקא בלן דלא מחסרה משיכה · ולפי פירש רש"י דנתן לבלן בשכר שירחצנו בבית המרחץ עיי"ש בד"ה בלן ועל היכא מחסרה משיכה פירש"י שאין כאן מה למשוך כדהבאתי לעיל לשון רש"י עיי"ש · ולכאורה צריכין להבין מפני מה אין לו מה למשוך הא יכול למשוך הבלן כדאמרינן בגמרא בקדושין (דף כ"ב) אמר שמואל עבד כנעני נקנה במשיכה וכו' · וה"א דוקא גבי עבד כנעני שייך משיכה דנקנה גוף העבד כנעני לרבו · אבל גבי פועל דהיינו הבלן דאין גופו קנוי לא מהני קנין משיכה כדכתב בחידושי הר"ן בב"מ (דף נ"ט) והנ"י שם דלא מהני קנין משיכה בשומר הגס ושומר שכר כיון דאין להם קנין בגוף הדבר שניתנה להם · גמור הא אמרינן בקדושין (דף ט"ז ע"א) אמר רבא זאת אומרת עבד עברי גופו קנוי וכו' עכ"ל הגמרא · וה"ל גבי פועל גופו קנוי לבעל הבית כל משך השכירות שנשכר לבעל הבית לפי דעת הרמב"ם כמו שאבאר אי"ה שיש בזה שלשה דיעות שהמה מחולקים בענין זה ולשני הדיעות יהיה ניחא · ומתחילה אכתוב שיטת הרשב"א שהביא בשם הרמב"ן דשני קנינים הן בעבדות · אחד קנין ממון והוא קנין דמעשה ידיו · ואחד קנין איסור שהוא אסרו בבת ישראל ומחייבו במקצת מצות ופוטרו ממקצת מצות וקנין הגוף הזה הוא שמצריכו גט חירות ואינו נפקע בדיבור דומה לקנין אישות שהוא צריך גט להתירו וממנו הוא למד · לפיכך אמרו שאף ע"ע יש לרבו בו קנין איסור שהרי מתירו בשפחה כנענית ואין קנין איסור נפקא בלא גט בין באישות בין בעבדות הלכך הרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול אלא ה"ל כמפקיר עבדו שצריך גט שיחרור ע"כ · ולפי דבריו בודאי לא יש קנין בפועל בגופו קנין ממון וגם אין קנין איסור בגופו למי ששכר אותו דהא פועל אסור בשפחה כנענית · ולפי דבריו ודאי ניחא הגמרא דפרק הזהב (דף מ"ח) לפי פירש"י שם דקאמר הבלן דלא מחסרה היינו דאין לו מה למשוך דכיון דאין גופו של הבלן קנוי למי ששכר אותו לאו קנין ממון ולאו קנין איסור לזאת אין שייך בהבלן משיכה כמ"ש לעיל בשם הר"ן והנ"י הנ"ל דלא שייך משיכה רק אם קונה בגוף הדבר · אך יש להקשות על דברי הרמב"ן הנ"ל מב"ק (דף קי"ג ע"ב) אמר רבא לא קשיא כאן בגזילה כאן בהפקעת הלואתו פירש לגזול אנס עובד כוכבים אסור והפקעת הלואתו של אנס עובד כוכבים שרי אמר ליה אביי ע"ע הפקעת הלואתו הוא פירוש דלעיל שם מביא ברייתא דאמר ר"ש בשם ר"ע דאסור לגזול ע"ע הנמכר אצל העובד כוכבים וזה מקרי הפקעת הלואתו כדפירש רש"י שם בד"ה הפקעת שהלוהו על עבודתו · ומשני הגמרא דרבא לטעמו דאמר רבא ע"ע גופו קנוי · ולפי דברי הרמב"ן הנ"ל קשה מאי משני הגמרא ע"ע גופו קנוי ליה משום הכי הוה גזל ממש הא אין להעובד כוכבים קנין ממון בגוף העבד כמו שאין לישראל קנין ממון בגוף הע"ע דהא הגמרא מדמי הדדי קנין ע"ע של ישראל וקנין ע"ע של עובד כוכבים דמשני הגמרא רבא לטעמו ורבא אמר זאת אומרת גבי ע"ע הנמכר לישראל כדמוכח מש"ס מכמה דוכתי וממנו למד הגמרא דהוא הדין גבי ע"ע הנמכר לעובד כוכבים ולפ"ז לא הוה רק הפקעת הלואתו כדפריך אביי שם · ולאחר שהקשיתי זאת מצאתי בריטב"א בחידושיו לגיטין (דף ל"ז ע"ב) ד"ה שבאתי גופו וכו' שהוכיח מהך דגמרא ב"ק הנ"ל דיש קנין ממון בגוף הע"ע הנמכר אצל ישראל או אצל עובד כוכבים למעשה ידיו ומשום הכי לא בעי ליה במחילה בעלמא עד דכתב ליה שטר עיי"ש · ויש לתרץ שלא יהיה קשה מהסוגיא דב"ק הנ"ל על דברי הרמב"ן הנ"ל שנוכל לומר שסובר כשיטת רש"י וכשיטתו דגזל אנס עובד כוכבים לא הי' אסור אלא מדרבנן מפני חילול השם ולפ"ז אף דגבי ע"ע ליכא לעובד כוכבים קנין ממון בגופו מ"מ כיון דיש קנין איסור בגוף הע"ע איכא חילול השם אם יוציאנו ישראל הע"ע ע"כ של עובד כוכבים כיון דיש להעובד כוכבים קנין

בגוף אף שהוא רק קנין איסור דומה כמו שגזל ממנו הפך אחר שהעובד כוכבים סובר שגופו קנוי ליה וגזל ממנו ואיכא חילול השם • וכיון שיישבנו דברי הרמב"ן שמוכח מן הגמרא דב"ק הנ"ל דיש קנין לישראל בע"ע קנין ממון בגוף הע"ע וכן הדין בנמכר לעובדי כוכבים לכן ניחא דברי הגמרא דפרק הזהב הנ"ל דאמרינן שם דלא שייך קנין משיכה גבי בלן דבבלן בודאי אין להשוכר אותו קנין ממון בגופו לפי דברי הרמב"ן הנ"ל לכן לא שייך שם משיכה דבהדבר שאין לו קניה בגוף החפץ לא מהני קנין משיכה כדכתב הר"ן והנ"י בפרק השואל הנ"ל:

אך עדיין צריכין אנו ליישב הך דפרק הזהב הנ"ל ולפי שיטת הריטב"א הנ"ל דסובר דיש לרבו של ע"ע קנין ממון בגופו כדהבאתי לעיל דבריו ולדעתי דהר"ן בקדושין (דף ט"ז) ג"כ סובר דיש קנין ממון בע"ע כדברי הריטב"א • אך המה מחולקים במה הוא הקנין ממון • אף שיש לפרש פירש אחר בדברי הר"ן אך כשתעיין היטיב במאזני השכל תאמר שגם הר"ן סובר כהריטב"א הנ"ל וגם בפועל סובר הריטב"א שיש להשוכר אותו קנין ממון בגוף הפועל בב"מ (דף י' ע"א) הובא דבריו בשיטה מקובלת שם ד"ה והא אמר רב פועל יכול לחזור בו פירש ואין ידו כיד בעל הבית חשיב האי קנייה אלימתא ליומיה כדאמרינן גבי עבד כנעני שידו כיד רבו והאיך יכול לחזור בו ופרקיה דמאי דמלי הדר ביה טעמא אחרינא הוא ולאו משום דאין קנינו קנין גמור אלא גזירת הכתוב משום כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים הא כל כמה דלא הדר ביה ידו כיד בעל הבית הריטב"א ז"ל עכ"ל אלמא דיש קנין ממון בגוף הפועל למי ששכר אותו • ולפי דבריו אמאי אמרינן בפרק הזהב הנ"ל דווקא בלן דלא מחסרה משיכה דפירושו דאין לו מה למשוך כמו שפירש"י שם וכמו שהוכחתי ואמאי לא שייך משיכה בפועל כיון דיש למי ששכר אותו הבלן שירחצנו קנין ממון בגופו בר משיכה הוא כמו דאמרינן בעבד כנעני בקדושין שהבאתי לעיל דמהני בו קנין משיכה • ונראה לתרץ לפי מה שכתב הבעל מחנה אפרים דמוכיח מריטב"א גופא דדוקא היכא דנשכר אצל הבעה"ב לכל מלאכה דאז חשיב גופו קנוי דיכול לשנותו לכל מלאכה שירצה מה שאין כן בשוכר פועל למלאכה ידועה דאין זה חשוב קנוי אצלו שהרי אינו יכול לשנותו למלאכה אחרת ומטעם זה כתב איהו גופיה בפ' האומנין גבי אם שכיר הוא אינו נותן לו אלא שכרו כיון שנאנס דהיינו דוקא כששכרו למלאכה ידועה אבל אם שכרו לעשות לו כל מלאכה דינו כמו עבד עברי וע"ש • וכן מוכח מדכתב הריטב"א בפרק הזהב גבי שכירות יש לו אונאה דשכירות פועלים לא הוי ממכר וע"ש • ואם אין הריטב"א מחלק בין ששכר פועל לכל מלאכות ובין ששכר אותו רק למלאכה ידועה יהיה קשה דידיה אדידיה ודו"ק • ולפ"ז ניחא הא דאמרינן בפרק הזהב גבי בלן דלא מחסרה משיכה דלא שייך בו קנין משיכה משום ששכר אותו רק שירחצנו אבל אין רשאי לשנותו לכל מלאכה שירצה ומשום זה אף לריטב"א אין קנין ממון בגוף הבלן למי ששכר אותו לכן לא שייך משיכה גביה :

אך עדיין נשאר לנו ליישב הך דפרק הזהב הנ"ל לשיטת הרמב"ם דהוא סובר דיש קנין ממון בגוף הפועל למי ששכר אותו אף ששכר אותו רק למלאכה ידועה ואינו רשאי לשנותו למלאכה אחרת מדכתב הרמב"ם בפרק י"ג מהלכות מכירה הלכה ע"ו וז"ל השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו אונאה מפני שקונה אותו לזמן ועבדים בזמן הסנהדרין לא היה בהם אונאה עכ"ל ואח"כ כתב בהלכה י"ח כ"ל השקבלן יש לו אונאה כיצד כגון שקבל עליו לארוג בגד זה ביו"ד זהובים או לתפור חלוק זה בב' זהובים יש לו אונאה וכו' עכ"ל מדלא נחלק הרמב"ם בפועל גופא דאם שכרו לכל המלאכות אין לו אונאה מפני שיש למי ששכר אותו קנין ממון בגופו והוה כמו עבד אבל כששכר אותו למלאכה ידועה יש לו אונאה דבזה אין לו להשוכר קנין מעות בגופו רק מחלק בין פועל לקבלן ובקבלן הוא רק מלאכה ידועה ובגיה כתב דיש להם אונאה מוכח מזה דבפועל אף אם שכרו רק למלאכה ידועה יש להשוכר אותו קנין ממון בגופו והוה כמו עבד שבזמן הסנהדרין לא היה בו אונאה וכן כתב הבעל מחנה אפרים בסוף סימן א' בהלכות שכירות פועלים וז"ל והרמב"ם בפי"ג מהלכות מכירה ובפרק א' מהלכות שאלה נראה דכל פועל גופו קנוי עכ"ל • ולפ"ז צריכין ליישב דלא יהיה קשה לשיטת הרמב"ם מהך דפרק הזהב אמאי קאמר גבי בלן דלא שייך בו קנין משיכה הא כיון דיש למי ששכר אותו קנין ממון בגופים שייך גביה קנין משיכה • וכ"ת דלעולם הרמב"ם סובר דאם שכר את הפועל רק למלאכה ידועה אין להשוכר קנין ממון בגופו ומה שכתב דבשכירות פועלים אין בהם אונאה משום דס"ל כשיטת רש"י בקדושין (דף ז' ע"א) ד"ה שיש להם אחריות דאף אדם בן חורין הוקש לקרקעות מדכתיב והתנחלתם אותם לרשת אחוזה ולכל הדברים יש לאדם בן חורין דין קרקע עיי"ש ותראה בהדיא שרש"י סובר כן • ולפיכך כתב הרמב"ם גבי שכירות פועל שאין לו אונאה מפני דהוי כמו ששכר קרקע אף אם נימא דאין להשוכר הקרקע קנין בגוף הקרקע מ"מ אין בו אונאה כידוע לכן גבי שוכר את הפועל אף שאין לו קנין ממון בגוף הפועל מ"מ אין בו אונאה • אבל גבי קבלן כיון שאין זה שכירות ימים כשאר פועל רק ששכר לארוג בגד זה הוה כשכירות מטלטלין עיין ברב המגיד שם ובמשנה למלך שם וגם בפרק א' מהלכות שאלה ויש ליישב ודו"ק • אך דמוכח מהרמב"ם מדכתב בפ"ה מהלכות טוען ונטען הלכה ב' שתי שדות וכו' וכן המוסר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידום והרי הוא חייב לשלם • כיון שטענו שחפר והוא אמר לא חפרתי או שטענו חפרת ב' מערות והוא אומר לא חפרתי אלא אחת או שהיה שם עד אחד שחפר והוא אומר לא חפרתי כלום הרי זה נשבע שבועה הישת על הכל עכ"ל והשיג עליו הראב"ד אמר אברהם נראין דברים שהבעו למלאות החפירות ולהשוות המגירות אבל אם תבעו לשלם פחתו הרי הוא כשאר תביעת ממון וכמו שאמר לו חבלת בי שתים והוא אמר לא חבלתי אלא אחת עכ"ל ותירץ הרב המגיד שלא יהיה קשה על הרמב"ם מהך דחבלת בי שתים דכי אמרינן דאדם הוקש לקרקע הני מילי עבדים דכתיב בהו בהדיא והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם אבל שאר אנשים בודאי לא • ולפ"ז סובר הרמב"ם דאדם בן חורין לא הוקש לקרקעות ואמאי כתב דאין בשכירות פועלים אונאה אלא ודאי דיש להשוכר קנין ממון בגופו לכן הוה בכלל עבדים : אך לכאורה יש ליישב דברי הרמב"ם באופן אחר שיוכל לסבור דאדם בן חורין הוקש לקרקע ואעפ"כ לא קשה קושיות הראב"ד דהאי הכא משום דהכא עיקר תביעתו ממון שאין שייך לומר שיהיה אותו כבתחילה דתלוי בידי שמים הרפואה ואינו בידי אדם • ע"כ עיקר התביעה ממון משא"כ גבי חפרת בתים שם מבקש שיהיה כבראשונה שבידו למלאות החפירות :

פרח ט

והגה לפי דברינו בפרח הקודם ס"ל להרמב"ם דאדם בן חורין הוקש לקרקעות אך ז"א ונקדים לתרץ דברי הרמב"ם מה שכתב בפרק ח' מהלכות שבועות הלכה ב' וז"ל וכן האומר לחבירו המית שורך את עבדי וכפר ונשבע והעבד שתבע רבו ואמר לו הפלת שני וסמית עיני וכפר ונשבע פטור משבועת הפקדון שאילו הודה לא היה משלם מפני שהוא קנס אבל חייב בשבועות ביטוי וכן כל כיוצא בזה עכ"ל דהקשו עליו דאף דדברי הרמב"ם הן הן מ"ש ברים פרק נערה שנתפתתה רש"א יכול האומר לחבירו אנסת את בתי כו' או שאמר לו עבדו ספלת את שני וסימת את עיני והוא אומר לא הפלתי ונשבע והודה יכול יהא חייב תלמוד לומר וכיחש כו' יצאו אלו שהן קנס • ואולם הא התוספות שם בד"ה הפלת את שיני בס"ד הקשה וז"ל וא"ת פשיטא דלא מחייב קרבן שבועה על העבד דאפילו ר"א דדריש ריבוי ומיעוטי ממעט קרקעות לשבועה לענין קרבן שבועה פוטר בפרק שבועות הפקדון דדרש מכל ולא כל וה"ה לעבדים • וי"ל דאף על גב דבקרקעות

אין

אין קרבן בעבד יש קרבן · דה"נ אשכחן ר"מ דס"ל דאין נשבעין על הקרקעות ועל העבדים ס"ל דנשבעין כדאמרינן בהשואל עכ"ל · וא"כ מאחר שרבינו ז"ל בפ"ז מהלכות שבועות דין ג' פסק דאם תבעו בקרקע או בעבד פטור משבועת הפקדון · קשה למה זה הולך למתלי טעמא משום דהוי מודה בקנס ות"ל משום דאין נשבעין על העבדים · ולפי דברינו אלו דהרמב"ם סובר דאדם בן חורין לא הוקש לקרקעות יש לתרץ דברי הרמב"ם דהלכות שבועות הנ"ל כמו שתירץ הקצות החושן (בסימן צ"ה ס"ק ח') קושיות התוס' דריש פרק נערה הנ"ל דאין זה כפירת עבד אלא כפירת בן חורין דהא העבד תובע את אדונו שהמית את עיני וראוי אני לצאת לחירות והרב כופר ואומר שעדיין לא יצא לחירות · וא"כ אין זה כפירת עבד ואפילו למ"ד יוצא בשן ועין צריך גט שחרור מ"מ אין לו דין עבד כנעני שהיא באחוזת נחלה לבניהם · אך נלפענ"ד שהתוס' ריש פרק נערה מקשין שפיר דאם הוא טענת קרקע הן מצד הנתבע לבד הוא טענת קרקע · אבל מצד התובע הוה טענת ממון או איפכא פטור משבועת הפקדון ומכל שבועות האמורות בתורה שבא ע"י טענת ותביעות דאינו חייב שבועה רק אם הוא לפי תביעת התובע מטלטלין וכפירת הנתבע ג"כ כפירת מטלטלין · דהא לשיטת הרמב"ם בפרק חמשי מהלכות טוען ונטען הלכה ב' שאם תובעו הפרת ב' מערות ותובעו לשלם פחתו של הקרקע והוא אומר לא הפרתי אלא אחת פטור משבועת התורה אף שטענת התובע הוא תביעת ממון · מ"מ הנתבע כופר כפירת קרקע וטענת התובע הוא בא מחמת הקרקע לכן פטור משבועות התורה · וה"נ גבי תביעת עבד שהפלת את שיני וכו' דכפירת הרב הוי כפירת עבד וגם תביעתו מה שטוען הפלת את שני הוא מחמת עבד דבשעה שהפיל הרב את שינו של העבד עדיין היה עבד אף לפי דברי העבד · ואף להחולקים על הרמב"ם עיין בהשגות הראב"ד שם ובחו"מ (סימן צ"ה סעיף ו') עיי"ש בסמ"ע ובש"ך שאם תבעו לשלם דמי פחתו של הקרקע שחפר בה שהיה הוה כתביעת ממון וחייב שבועת התורה · היינו דוקא התם כיון דאינו תובעו שימלא את הבתי הפירות שחפר ואינו תובעו רק לשלם דמי פחתו של הקרקע הוה כמו שמחל לו שאינו צריך הנתבע למלאות ההפירות כמו דאמרינן גבי טענו חטים והודה לו בשעורים שפטור אף מן השעורים · אפילו אם יודע הנתבע שחייב לו השעורים פטור לשלם לו דהוי כאילו מחל לו התובע עיין ברמ"א בחו"מ (סימן פ"ח סעיף ב') ונובע דין זה מפירש"י והתוספות דסוף פרק המניח ועיי"ש בסמ"ע ובש"ך (ובביאורי הגר"א שם מביא ראיה לזה מב"ב (דף קל"ה ע"א) אלא דקא אמרי לאו אחינו הוא אימא שפחה נפלו לו נכסים ממקום אחר ירשו אחיו עמו הא אמרו ליה לאו אחינו הוא עיי"ש ודו"ק) נמצא לפ"ז אם תבעו רק שישלם לו דמי פחתו של הקרקע מחל לו מה שצריך למלאות אם היו תובע אותו · ולפ"ז ס"ל להראב"ד ולהפוסקים שסוברים כוותיה דזה הוי רק תביעת ממון · דמה שהיה לו עליו תביעת קרקע מחל לו · מה שאין כן גבי עבד שאמר לרבו הפלת את שיני דלא מחל לו כלל · ומה שיכול לתבוע מאתו הרי הוא תובעו · נמצא לפ"ז כפירת הרב בודאי הוי כפירת עבד ואף תביעת העבד ג"כ תביעת עבד נקרא שבשעה שהפיל את שינו הוה עבד לפי דברי שניהם ובזה כו"ע מודים אף הראב"ד והפוסקים שסוברים כוותיה דפטור מכל שבועות האמורות בתורה · ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתא אמאי צריך הרמב"ם ליתן טעם בפ"ח מהלכות שבועות דאם תבעו הפלת את שיני דפטור משבועת הפקדון משום דתביעת קנס הוא הא בלאו הכי פטור משום דהוי תביעת עבד כמו שהקשו התוספות בריש פרק נערה הנ"ל על הגמרא · ותירוצם של התוספות אינו יכול להיות על דברי הרמב"ם כמ"ש לעיל :

וראיתי לשער המלך בהלכות עבדים בסוף פ"ה שמתרץ דברי הרמב"ם דמיירי שתבעו על מעשה ידיו דאע"ג דצריך גט שחרור מ"מ מעשה ידיו הן שלו · ומשום טעמא דאין מביאין קרבן על העבד ניחא · ואבי הולך בטעמא דמודה בקנס והתוספות ז"ל בריש דבריהם כתבו וז"ל · וא"ת מה יחוד כלי שייך גבי עבד דהא מיד כשהפיל את שינו קנה העבד לעצמו כו' · ואין לומר כגון שהפיל את שינו וסימא את עינו ונתן לו דמי עינו ומייחד לו כלי על דמי עינו או שתבעו על מעשה ידיו ומייחד לו כלי על זה דהא מוכח כו' ור"ש אית ליה בהדיא דצריך גט שחרור כו' ע"ש · ולא זכיתי להבין דבריהם איך דחו תירוץ זה דתבעו על מעשה ידיו משום דר"ש ס"ל דצריך גט שחרור · הא פשיטא ודאי אע"ג דצריך גט שחרור מ"מ יצא לחירות ומעשה ידיו הן שלו אלא דצריך גט שחרור להתירו בבת חורין · וכן כתב התוספות בפירוש בפרק השולח דף הנזכר ד"ה אבלו ביה יע"ש ודבריהם צ"ע :

ולפענ"ד איני מבין תירוץ של שער המלך על דברי הרמב"ם · וגם נ"ל לתרץ הקושיא שהניח בצ"ע על דברי התוספות דמה שכתבו התוספות בגיטין (דף מ"ב ע"ב) ד"ה מאי לאו ובד"ה הכלו בו. אהריגא דמעשה ידיו לעצמו היינו לאחר שעמדו בדין · דהא כתב הרשב"א שם דאיכא דקשיא לו והלא קנס הוא זה וקנס אינו זוכה בו אלא משעת העמדה בדין כדאיתא בריש נערה עד שלא עמדה בדין פטור · ואיכא למימר דהכא בשהפיל את שינו ועמד בדין ואח"כ סימא את עינו וכו' עכ"ל · ומה שכתב הר"ן שם דעל כרחך בשלא עמד בדין מיירי דאי בשעמד בדין למאי דמוקמינן לה כמ"ד אינו צריך גט שחרור למאי אצטריך למתני דנותן לו דמי עינו פשיטא דכיון שעמד בדין לאחר שהפיל את שינו ישראל גמור הוא אלא ודאי בשלא עמד בדין מיירי עכ"ל · לפענ"ד אין זה סתירה לתירוץ הרשב"א דהוכל לומר למאי דמוקמינן לה כהך תנא דאין צריך גט שחרור מיירי שברייתא בשלא עמד בדין ולדידיה הוכל לומר כשעמד בדין זכה ביה למפרע משעה שהפיל את שינו ומשום הכי נותן לו דמי עינו כיון דס"ל דאין צריך גט שחרור · ויש עדים בדבר שהפיל את שינו זכה למפרע כמו שמסיק הר"ן שם אף לכך תנא דאמרינן דצריך גט שחרור · וכן כתב הרשב"א בשם יש מפרשים ג"כ כסברת הר"ן · אבל בתירוצו קמא של הרשב"א לא ניחא ליה לומר דלהך תנא דצריך גט שחרור אין סברא לומר זכה למפרע כשעמד בדין כיון דעדיין מחוסר מעשה דצריך לכתוב שטר שחרור · לכן אמר הרשב"א בתירוצו קמא שמיירי שעמד בדין אחר שהפיל את שינו ואח"כ סימא את עינו · וגם התוספות ס"ל ג"כ כתירוצו קמא של הרשב"א · לכן כתבו דמעשה ידיו לעצמו · דאם לא כן הא התוס' כתבו למאי דס"ד דגמרא דהך ברייתא אתיא כהך תנא דצריך גט שחרור מפני מה מעשה ידיו לעצמו בשלא עמד בדין לאחר שהפיל את שינו · אבל אי אמרי' דהתוספות ס"ל כתירוץ הראשון של הרשב"א יש סברא מפני מה מעשה ידיו לעצמו · דבח"מ (סימן ס"ז סעיף ה') מבואר דתבעו ממון וכפר והביא עדים וחייבוהו ב"ד וכתבו לו פסק דין הוי כגבוי ואינו משמט ודין זה נובע מתשובת הרא"ש סוף כלל פ"ו ממשנה ב' פ"י דשביעית וכל מעשה ב"ד אין משמטין וכדמפרש בירושלמי שם (ועיין בש"ך בסימן ג"ש ס"ק כ"ט מה שכתב בשם הרמב"ם) · ולפ"ז אף למ"ד דצריך גט שחרור מ"מ היכא דעמד בדין אחר שהפיל את שינו אף שלא כתב עדיין גט שחרור מ"מ מעשה ידיו שלו כיון דנפסק הדין כגבוי דמי וכ"ש הוא מהתם שם צריכין להוציא ממון מחזקת המוחזק · אפי"ה אמרינן דכגבוי דמי · כ"ש הכא כיון דעמד בדין והוא מוחזק בעצמו בודאי אמרינן דכגבוי דמי · ועוד זאת הסברא מגמרא דגיטין שם דאיתא התם איבעיא להו מעוכב גט שחרור יש לו קנס או אין לו קנס כסף שלשים שקלים יתן לאדוניו אמר רחמנא והאי לאו אדון הוא או דילמא כיון דמחוסר גט שחרור אדון קרינא ביה · דלכאורה תיבה קרינא ביה הוא מיותר דהוה להגמרא לומר כיון דמעוכב גט שחרור אדון הוא · לכן נראה דבאמת לאו עבד הוא אף המעוכב גט שחרור דכיון דעמד בדין הוי כמשוחרר · אך מחמת כיון דלענין איסורא שאסור בבת ישראל וגם הוא מותר בשפחה כנענית עד שיכתוב לו רבו גט שחרור דדומה לקנין איסור שהוא צריך גט להתירה אף שאין נבעלה בו

קנין הגוף בגוה כלל ואין זכות במעשה ידיה ובשאר דברים כלל מדאורייתא · כן הדין גבי עבד כנעני שמחוסר גט שחרור אף שעמד בדין דהוה כמו שמשוחרר ואין להרב שום קנין הגוף ולא שום זכיה במעשה ידיו או כדומה לזה · נ"מ אינו ניתר שישא בת ישראל עד שיכתוב רבו לו גט שחרור כמו גבי גט אשה · עיין ברשב"א בקדושין (דף ט"ז) ד"ה אמר רבא שכתב מעין סברא זו גבי ע"ע · ומשום זה כיון דאינו מותר בבת ישראל עד שיכתוב רבו גט שחרור · משום זה אמרינן בגמרא שם הו דילמא כיון דמחוסר גט שחרור אדון קרינא ביה לגבי הך מילתא · אבל באמת לאו עבד הוא לשארי דברים דהיינו לענין קנין ממון להכי מדוייק לשון הגמרא קרינא ביה ולמ"ד דאין צריך גט שחרור מוכח מהגמרא דאף שלא עמד בדין ג"כ מעשה ידיו לעצמו דהא לפי מאי דמוקמינן בגמרא דאתיא כברייתא כהך תנא דאין צריך גט שחרור יהיה קשה קושיות הר"ן אי איירי כשעמד בדין למאי אצטריך למתני דנותן לו דמי עינו פשיטא כיון שעמד בדין לאחר שהפיל את שינו ישראל גמור הוא · אלא ודאי כשלא עמד בדין ואפ"ה נותן לו דמי עינו כיון שעמד בדין זכה למפרע משעה שהפיל את שינו וכתבתי לעיל ג"כ מזה · לפ"ז ניחא דברי התוספות דכתובות דריש פרק נערה הנ"ל דמה שכתבו ור"ש אית ליה בהדיא דצריך גט שחרור בזה נ"כ נדחת דלא נוכל לומר שתובע על מעשה ידיו לייחד לו כלי על זה · דממ"נ אי איירי כשעמד בדין לאחר שהפיל את שינו דכיון שעמד בדין הוה ממונו ממש ולא מיקרי מעשה ידיו אף עיקר קנס · דמה בכך שהיה עבד מתחילה כיון שעמד בדין אין אפשר לכנות מה שסימא את עינו אח"כ או מעשה ידיו שהמה עקרים קנס · ולכן כיון דאמר ר"ש יצא אלו שהן קנס · ע"כ איירי דלא עמד בדין · אף שבגמרא רוצה לומר דאיירי שעמד בדין פירושו שעמד בדין לאחר שהפיל את שינו וסימא את עינו · ואם נאמר שתובעו על מעשה ידיו איירי שתבעו על מעשה ידיו שהיה קודם שעמד בדין ולאחר שעמד בדין כפר בו הרב אח"כ ותבע העבד בבית דין על אלו הדברים · על זה נוכל לומר יצאו אלו שהן קנס · דפירושו אם עמד בדין כבר על אלו הדברי כיון אלו שהמה עקרם קנס דקודם שעמד בדין בפעם הראשון היה קנס · לכן אף כשעמד בדין אח"כ מיקרי עיקרם קנס כיון דמקודם שעמד בדין היה קנס · אבל לא איירי שעמד בדין אחר שהפיל את שינו ואח"כ סימא את עינו או שתובעו על מעשה ידיו שעשה העבד לאחר שעמד בדין · דעל זה אי אפשר לכנות אותו שעיקרם קנס כדכתבתי לעיל אך לכך תנא דאית ליה דאין צריך גט שחרור נוכל לומר שתבעו על מעשה ידיו דלדידיה מעשה ידיו לעבד אף כשלא עמד בדין כדכתבתי לעיל · לכן דחו התוספות דמאן תנא דברייתא הוא רבי שמעון ורבי שמעון אית ליה דצריך גט שחרור ולדידיה לא עמד בדין מעשה ידיו לרבו · ואי מיירי כשעמד בדין מאי אמר ר"ש יצא אלו שהן קנס כיון שתבעו על מעשה ידיו לאחר שעמד בדין לא מיקרי אף עיקר קנס · וכיון שהוכחתי מדברי התוספות דאם עמד בדין נקרא ממון ממש ולא יוכל לכנותו אף בשם עיקר קנס · ולפ"ז אין אנו יכולין לתרץ דברי הרמב"ם הנ"ל דמשום הכי כתב הרמב"ם הטעם דפטור משבועות הפקדון משום דתביעת קנס הוא דמטעם דאין נשבעין על עבדים לא אפשר הכא משום דמיירי שתובעו על מעשי ידיו כדכתב השער המלך שם דממה נפשך דאי מיירי דעמד בדין מעשה ידיו מיקרי ממון ממש · ולא יוכל לקרותו אף בשם עיקר קנס כדהוכחתי מדברי התוספות הנ"ל · ולכן כיון דכתב הרמב"ם הטעם דפטור משום דתביעת קנס הוא מיירי דלא עמד בדין · ולמאן דאמר צריך גט שחרור מעשה ידיו לרבו אם לא עמד בדין והרמב"ם ספיקא מספקא ליה אי פסקינן כמ"ד דצריך גט שחרור או לא · ואף אם נאמר דלהכי כתב הרמב"ם הטעם דמפטר משום דהוה קנס דדילמא הדין כמ"ד דאינו צריך גט שחרור ולמ"ד דאין צריך גט שחרור אפילו לא עמד בדין מעשה ידיו לעבד · לכן כתב הרמב"ם הטעם משום דהוה קנס · דאי מטעם דאין נשבעין על עבדים ליכא דהא תובע

רק מעשה ידיו · גם זה לא נוכל לומר · כיון דמספקא ליה להרמב"ם אי צריך גט שחרור או לא והרב הוא מוחזק במעשה ידיו · לא נוכל להוציא העבד מיד רבו המוחזק · דדילמא הדין דצריך גט שחרור ומעשה ידיו לרבו · לכן אף אם הוה תביעת ממון ג"כ פטור דלאו כפירת ממון הוא ופטור מקרבן שבועת העדות כידוע · שנית כיון דלא עמד בדין תביעת מעשה ידיו מיקרי תביעת קרקע כמו דמפטר מטעם דעיקר קנס הוא · דאם הודה על העבד שהפיל את שינו העבד אינו יוצא לחירות לפיכך תביעות מעשה ידיו תלה בתביעת העבד וכי היכי גבי עבד הוי קנס ה"נ גבי תביעת מעשה ידיו הוי קנס · וה"נ יש לפטרו משום דעיקרו תביעת העבד דאם אין העבד יצא לחירות מעשה ידיו לרבו וכי היכי דאין נשבעין על תביעת העבד כך אין נשבעין על תביעת מעשה ידיו משום דהוי ג"כ כמו תביעת העבד :

גם מה שכתב עוד שם השער המלך לתרץ דברי הרמב"ם הנ"ל דאיכא למימר דמיירי כשהפיל את שינו וסימא את עינו ג"כ ותובע לו דמי עינו וייחד לו כלי על זה · דהשתא משום טעמא דאין מביאין קרבן על העבדים ליכא דדמי עינו קא בעי · ולהכי אצטריך לטעמא דמודה בקנס · ומה שהוצרכו התוספות לומר דבעבד יש קרבן שייט דוקא לר"ש דברייתא דהתם דר"ש ס"ל דשן ועין צריך גט שחרור בפ' השולח (דף מ"ב) דמאן דאית ליה יוצא בשינו ונותן לו דמי עינו סובר דאינו צריך גט שחרור כדדחי התם · דילמא כמ"ד איט צריך גט שחרור · ורבינו ז"ל פסק דאע"ג דקי"ל דצריך גט שחרור אם תפס דמי עינו לא מפקינן כמו שפסק רבינו בדין י"ד · ולכן הוצרך לטעמא דמודה בקנס להיכא שתובע לו דמי שינו ותפס העבד כדי דמי' · גם זה התירוץ אינו מובן לי למה הוצרך לטעמא משום דהוה עיקר קנס · ה"נ יש לפטור משום דעיקר תביעת עבד דאין שום הפרש לומר דעיקר קנס יהיה מיקרי ועיקר תביעת עבד לא קרינן · לכן נ"ל ליישב דברי הרמב"ם באופן אחר דהרמב"ם היה קשה לו קושיות השער המלך שם על הגמרא דשבועות (דף ל"ז ע"ב) דאמר רב פפא משמיה דרבא מתניתין נמי דיקא (ופירש רש"י על זה כר"י דאין חיוב קרבן שבועה בקרקעות ע"כ) דקתני גנבת את שורי והוא אומר לא גנבתי משביעך אני ואמר אמן חייב ואילו גנבת את עבדי לא קתני מ"ט לאו משום דעבד אתקיש לקרקעות ואין מביאין קרבן על כפירת שיעבוד קרקעות אמר רב פפי משמיה דרבא אימא סיפא זה הכלל כל המשלם על פי עצמו חייב ושאינו משלם ע"פ עצמו פטור זה הכלל לאתויי מאי לאו לאתויי גנבת את עבדי אלא מהא ליכא למשמע מינה · והקשה השער המלך שם אדמייתא רב פפי ראיה מסיפא דזה הכלל לאתויי עבדים אמאי לא מוכח מרישא דהתם דקתני א"ל עבדו הפלת את שני וסמית את עיני כו' פטור דמדתלי טעמא משום דהוה מודה בקנס ע"כ דס"ל דבעבד יש קרבן שבועה דאם לא כן ת"ל דהוה ליה כפירות שיעבוד קרקעות · וכן נמי קשה דלמאי אצטריך זה הכלל לאתויי עבדים הא מרישא שמעינן לה ולרב פפי משמיה דרבא דהוכיח מרישא דמתניתין דאין מביאין קרבן על עבדים קשה היכי הוה ניחא לה הך · ומה שתירץ השער המלך שם דאיכא למימר דמתניתין אתיא כהך תנא דאין צריך גט שחרור לכן נוכל לומר דמיירי כשהפיל את שינו וסימא את עינו ג"כ ותובע לו דמי עינו ויחד לו כלי על זה דהשתא משום טעמא דאין מביאין קרבן על העבדים ליכא דדמי עינו קא בעי · להכי איצטריך לטעמא דמודה בקנס · הרמב"ם לא ניחא ליה תירוץ זה · דממה נפשך אי מיירי כשעמד בדין לאחר שהפיל את שינו ואחר כך סימא את עינו ותובע דמי עינו אמאי פוטר מתניתין משום דהוה קנס הא כיון דעמד בדין דמי עינו ממון ממש הוא כדכתבתי לעיל שהתוספות גם כן סוברים כן · ואי מיירי שלא עמד בדין הא אמרינן במרובה (דף ע"ד) בההיא סוגיא מעידנו באיש פלוני שהפיל בן עבדו וסימא את עינו משלם דמי עין ומוכח התם שאין העבד זוכה בעצמו עד שעת העמדה בדין · וכיון שכן אמאי יהיב ליה דמי עינו וכעין קושיא זו הקשה הרשב"א

והר"ן

והר"ן על הך סוגיא דגיטין (דף מ"ב ע"ב) על הך ברייתא דיוצא בשינו ונותן לו דמי עינו · ומה שתירץ הרשב"א לחד תירוצא וגם הר"ן דאע"ג דאינו זוכה בקנס עד שעת העמדה בדין מ"מ כשעמד בדין זכה בו למפרע משעה שהפיל את שינו ומשום הכי נותן לו דמי עינו הרמב"ם לא ניחא ליה זאת הסברא · דהאיך נוכל לומר דזכה למפרע משעה שהפיל את שינו הא יוכל הרב להודות שהפיל את שינו ולא יהיה העבד משוחרר והאיך שייך לומר דזכה למפרע בדבר שיש איזה אופן שלא יהיה משוחרר · ועל קושיות הרשב"א והר"ן בגיטין שם תירץ הרמב"ם כתירוץ הראשון של הרשב"א דמיירי כשעמד בדין · ומה שמיאן הר"ן בזה דלא נוכל לומר דמיירי כשעמד בדין דלמאי דמוקמינן לה כמ"ד אינו צריך גט שחרור למאי אצטריך למתני דנותן לו דמי עינו פשיטא דכיון שעמד בדין לאחר שהפיל את שינו ישראל גמור הוא אלא ודאי בשלא עמד בדין מיירי · לפענ"ד דהרמב"ם יתרץ דהיא גופה משמיענו הברייתא דאין צריך גט שחרור לכן הוי כישראל גמור ונותן לו דמי עינו אבל בלא הברייתא הוה אמינא דצריך גט שחרור ואינו נותן לו דמי עינו כמסקנת הגמרא דגיטין שם · וכ"ת דמיירי המשנה דשבועות שלאחר שהפיל את שינו הביא עדים אך עדיין לא גמרו ב"ד את הדין אם הוא משוחרר או לא כי יש כמה חלוקי דינים בזה כדאיתא בפ"ק דקדושין · ולכן נוכל לומר דזכה למפרע לאחר שגמרו ב"ד את הדין משעה שהעידו העדים בב"ד שהפיל את שינו שיתן לו דמי עינו דהשתא לא נוכל לומר מה שכתבתי דלא ניחא ליה להרמב"ם כפי תירוץ השני של הרשב"א וכפי תירץ הר"ן דזכה למפרע דאולי יודה ויפטר · לכן אמרינן במשנה בשבועות הטעם דמשום הכי פטור משום דהוה קנס מה שתובע דמי עינו אבל מטעם דאין נשבעין על העבדים ליכא דכיון דזכה למפרע · לכן אין יכול להוכיח רב פפי משמיה דרבא וגם רב פפא מסיפא את עינו דאיתא במשנה דפטור מטעם קנס ולא אמרינן דפטור משום דאין נשבעין על העבד יהיה מוכח דנשבעין על העבדים כקושיות השער המלך דנוכל לומר כדכתבתי · וי"ל דהרמב"ם לא ניחא ליה כתירוץ זה דממה נפשך אי מחמת דאמרינן הסברא דזכה למפרע משעה שהעידו העדים והוה כישראל גמור אף קודם שנגמר הדין לכן אינו יכול לפטור מטעם דאין נשבעין על העבדים לפ"ז ג"כ לא יכול לפטור מטעם דהוה קנס כיון דזכה למפרע להיות ישראל גמור הוה כשאר ממון · וכיון דאמרינן דפטור משום דהוה קנס מוכח מזה דמחמת דזכה למפרע לא הוה כישראל גמור קודם שנגמר הדין נוכל לפטור מטעם דאין נשבעין על העבדים · ולפי זה יבאר קושיות השער המלך על רב פפא ועל רב פפי משמיה דרבא :

לכן אני אומר דהרמב"ם היה קשה לו קושיות השער המלך הנ"ל ומתרץ באופן זה דמיירי שהפיל או סימא את עין עבד שחציו בן חורין ואף דאמרינן בגמרא ב"ק (דף ד' ע"א) מאן תנא מי שחציו עבד וחציו בן חורין וכן עבד של בני שותפין אין יוצאין בראשי אברים שאינן חוזרין אמר ליה רב מרדכי לרב אשי הכי אמרי משמיה דרבא ר' אליעזר הוא מי לא אמר ר' אליעזר כספו המיוחד לו ה"נ עבדו המיוחד לו · ולפ"ז לכאורה לא נוכל לומר דהמתני' דשבועות מיירי בחציו עבד וחציו בן חורין דאין זה כפירת ממון דאף אם יעידו עדים שהוא כדברי עבד ג"כ אינו יוצא בשינו או בעינו · אך זה אינו דהתוספות בב"ק שם פירשו הך דחציו עבד וחציו בן חורין כגון שנתן לו כל דמיו ואינו מעוכב אלא גט שחרור להיות מותר בבת חורין · אבל חציו עבד וחציו בן חורין יוצא בראשי אברים שאינן חוזרין עיי"ש בד"ה איש ואשה כו' · ולפ"ז נוכל לומר דהמתני' דשבועות מיירי שהפיל שינו או סימא עינו של חציו עבד וחציו בן חורין · דאז מטעם דאין נשבעין על העבדים אינו מפטר · כיון דאין לו דין עבד כנעני שיהיה באחוזת נחלה לבניהם דלמתני' אחרונה היו כופין את רבו ועושה אותו בן חורין א"כ אינו באחוזת נחלה · וכ"ת כיון דבלאו הכי היו כופין את רבו ועושה אותו בן חורין נמצא דלא הוה רק כפירת דברים בעלמא זה אינו · דמבואר במתני' דגיטין (דף מ"ה) שלאחר שכופין את רבו וכותב שטר על חצי דמיו עיי"ש · לכן לא הוי כפירת דברים דאם אמת הוא שהפיל את שינו או סימא את עינו אין צריכין לכוף את רבו לשחרר אותו רק יוצא בשינו או בעינו ואינו כותב שטר על חצי דמיו · וכ"ת כיון דהחציו הוא בן חורין א"כ חציו של דמי שינו או של דמי עינו הוה תביעת ממון ולא קנס הוא ואמאי אמרינן במתניתין דפטור משום דהוה קנס · גם זה אינו דאף אם יברר העבד שאמת כדבריו על פי עדים ג"כ לא יתן לו החציו של דמי שינו או דמי עינו אף שחציו בן חורין · דיכול הרב לומר לו דבהך חצי' של עבדות הפלתי את שינך או סימיתי את עינך שהיה שלי ומשיכי תיתי שיוציא ממון מהרב אף אם תפס · מצד הסברא מפקינן מן העבד דלכאורה גם העבד ניחא ליה לומר שהפיל כל שן של עבדות או כל עין של חלק העבדות דמן הסתם אינו יוצא לחירות עד שיהיה כל השן שהפיל משל חלק העבדות או כל העין יהיה ג"כ מחלק העבדות · ואף אם תלך בדרך רחוקה ותאמר באם תפס העבד חצי דמי שינו או חצי דמי עינו לא מפקינן מיניה · מ"מ נוכל לומר דהמתניתין דשבועות מיירי שלא תפס העבד ובודאי אינו יכול העבד להוציא מתחת יד רבו המוחזק חצי דמי שינו או חצי דמי עינו · ולפ"ז לא הוי תביעת עבד רק תביעת קנס · לכן אמרינן במתניתין דפטור משום דהוה קנס אבל מטעם דאין נשבעין על העבד אינו יכול לפטור משום דלא הוי באחוזת נחלה דהיו כופין את רבו שיעשה אותו בן חורין כמ"ש לעיל · וזה הסברא שכתבתי דכיון שאינו באחוזת נחלה תו אין לו דין עבד כתב הקצות החושן בסוף סימן צ"ה למ"ד דצריך גט שחרור דאין לו דין עבד משום טעם זה וכן כתב בעל הפלאה זאת הסברא בכתובות (דף מ"ב) על התוספות ד"ה הפלת את שיני וכו' · וכ"כ הרשב"א בשבת (דף ד') ומה שקשה עליו מגיטין (דף ל"ח) כבר תירצו האחרונים לנכון · ולפ"ז מיושב קושית שעה"מ דרב פפא אינו יכול להוכיח מרישא דאין נשבעין על העבדים · וגם לא קשה דמאי אצטריך לזה הכלל לאתויי עבדים הא מרישא שמעינן לה דאין נשבעין וגם לרב פפי משמיה דרבא דהוכיח מרישא דמתניתין דאין מביאין קרבן על העבדים ג"כ לא קשה היכי הוה ניחא ליה הך רישא דאמר לו עבדו הפלת את שיני וסימית את עיני כו' · ולפי דברינו יתרץ הרמב"ם דמיירי בחציו עבד וחציו בן חורין ולא קשה כלל כדכתבתי · ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם דכתב הטעם משום דהוה קנס ולא כתב הטעם משום דאין נשבעין על העבדים משום דיש נ"מ לדינא דאם מחמת הטעם דאין נשבעין על העבדים לא היה מפטר בחציו עבד וחציו בן חורין משום דאינו באחוזת נחלה תו ליכא דין עבד כדכתבתי לכן כתב הטעם משום דהוה קנס ומשום זה פטור אף בחציו עבד וחציו בן חורין · ולפי דברינו אלו יתורץ המתניתין דשבועות כפשטא דנקט הטעם משום דהוה קנס כדי לפטור אף בעבד שחציו בן חורין :

וכיון דיישבנו דברי הרמב"ם דשבועות לפ"ז מוכח דבן חורין לא הוקש לקרקע דאי הוקש אם כן אף בחצי ב"ח גם כן אין נשבעים דהא אפילו בן חורין גמור אין נשבעים · ולפי זה לא נוכל לאמר דמה שכתב הרמב"ם דהשוכר את הפועל אין בו דין אונאה לאו משום דיש למי ששכר הוא קנין ממון בגופו של פועל · אלא משום דאדם בן חורין איתקש לקרקע כמה שכתבתי לעיל וכן מוכח מדמסיים הרמב"ם בפ' י"ג מהלכות מכירה הנ"ל לאחר שכתב דשכירות פועלים בזמן הסנהדרין אין להם אונאה מפני שהוא כקונה אותו לזמן דעבדים אין בהם אונאה ואם נאמר דאין קנין ממון בגופו לבעל הבית מאי טעם הוא זה שכתב דעבדים בזמן הסנהדרין אין בהם אונאה דהא דשוכר את הפועל אין בהם אונאה הוא רק מטעם אחר משום דאדם בן חורין איתקש לקרקעות · ואין לומר דמשמיענו הרמב"ם רק הדין במה שסיים דעבדים אין בהם אונאה ואין זה טעם לשכירות פועל דהא כבר כתב הרמב"ם בפרק זה הל' ח' בעבדים אין

בהם אונאה · ומה צריך לכפול כאן להשמיענו בהלכה זו אלא ודאי דכתב הרמב"ם טעם מפני מה שכירות פועל אין בו אונאה משום דהוה בכלל עבד וכמו בעבד יש לרבו קנין ממון בגופו ה"נ גבי פועל · לפ"ז מוכח דהרמב"ם ס"ל דאדם בן חורין לא הוקש לקרקע דאם לא כן מאי צריך הרמב"ם לכתוב טעם דבשכירות פועל אין בו אונאה משום דהוי בכלל עבד · הא בלאו הכי אין בו דין אונאה משום דהוי כמו שכירות קרקע · דאף אם נימא דאין להשוכר קנין בגוף הקרקע כמו דס"ל הרבה פוסקים שהבאתים לעיל (עיין בש"ך סימן שמ"ג ס"ק א' שהביא הפוסקים הנ"ל) ואפילו הכי אמרינן בפרק הזהב דשכירות קרקע אין בהם אונאה · אלא ודאי דס"ל להרמב"ם דבן חורין לא הוקש לקרקע משום הכי כתב הרמב"ם דאין בשכירות פועלים אונאה משום דהוה בכלל עבד · וגם מוכח דפועל גופו קנוי לבעל הבית דהוה כמו עבד עברי דגופו קנוי · ולפ"ז צריכין להבין דברי הגמרא דב"מ דפ' הזהב (דף מ"ח) הנ"ל דאמר רב שם דוקא בלן דלא מחסרה משיכה דפירש"י שם דאין כאן מה למשוך ואמאי הא כיון דס"ל להרמב"ם דפועל גופו קנוי הא יכול למשוך הבלן כמו דאמרינן בעבד כנעני בקדושין (דף כ"ב ע"ב) דעבד כנעני נקנה במשיכה דבשלמא לשיטת הפוסקים דפועל אין גופו קנוי ניחא דלא מהני קנין משיכה אם אינו קונה גוף הדבר כמ"ש החידושי הר"ן והנ"י דפרק השואל (דף נ"ט) והבאתים לעיל · אבל לשיטת הרמב"ם קשה אמאי לא מהני קנין משיכה גבי בלן כיון דיכול למשוך לא היה לו למעול עד דמשך וכתבתי זאת לעיל באריכות קצת · וצ"ל דאף לשיטת הרמב"ם ג"כ ניחא דהרמב"ם יפרש כפירש התוספות שם בב"מ ד"ה בלן דהמעות של הקדש שנתן לבלן בזה שכר המרחץ שיכול לרחוץ בו והוה רק שכירת קרקע ולא הוה שכירת הבלן שירחצנו · ולפי זה הפירש בגמרא דוקא בלן דלא מחסרא משיכה פירושו דבקרקע לא שייך קנין משיכה · וגם נוכל לומר דהרמב"ם יפרש כפירש"י ואפילו הכי יהיה ניחא :

פרח י אות א

משום דקשיא לן לפי שיטת הרמב"ם דפרק י"ג דהלכות מכירה בהלכה ט"ו שמוכח מניה דפועל גופו קנוי מדמסיים הטעם מפני מה אין בשכירת פועלים אונאה מפני שהוא בכלל עבד ועבדים אין בהם אונאה ומבואר בדברינו בסוף פרח הקודם באריכות קצת · ולפ"ז לא יהיה עובר על בל תלין דשכירות פועלים לפי מאי דאמרינן בב"ק (דף צ"ח ע"ב) דרב אסי ס"ל דאומן קונה בשבח כלי ופריך הגמרא (בדף צ"ט) ת"ש הנותן טליתו לאומן גמרו והודיעו אפילו מכאן ועד עשרה ימים אינו עובר עליו משום לא תלין נתן לו בחצי היום כיון ששקעה עליו החמה עובר עליו משום בל תלין · ואי ס"ד אומן קונה בשבח כלי אמאי עובר משום בל תלין · אמר רב מרי בריה דרב כהנא בגרדא דסרבלא דליכא שבחא וכו' עכ"ל הגמרא · ולפי שיטת הרמב"ם דפועל גופו קנוי אמאי עובר משום בל תלין דהוה כמו שמכר לו איזה דבר ולא נתן הלוקח דמי המכירה דאינו עובר הלוקח משום בל תלין כמו דאמרינן אי אומן קונה בשבח כלי דהוה כמכירה ואינו עובר משום בל תלין · ונלפענ"ד לתרץ זאת אך בהקדם אכתוב מה שכתב הקצות החושן בסימן ש"ו ס"ק ד' דראוי להתבונן בהאי קנין דאומן קונה בשבח כלי אם קונה קנין ממש וכשלו הוא · מאי אית ליה להבעל הבית בהאי שבחא · והיכא דהשבח שוה יותר מדמי שכירות היכי מסלק ליה בעל הבית בפחות מדמיו · ואי משום דכבר קנה ממנו בעל הבית בפסיקת שפסק לו עבור השבח הא ה"ל דבר שלא בא לעולם ואיך חוזר וקונה בעה"ב שבחא דאומן אם האומן אינו רוצה ליתן לו שבחו בדמי שכירות כיון דלא קנה מיד האומן ועוד דה"ל דבר שלא בא לעולם · וקודם שאתרץ את שני הקושיות הנ"ל אכתוב עוד מאי דקשיא לן אמאי אמרינן דאומן קונה בכל השבח של הכלי הא אמרינן בב"ק (דף צ"ו ע"ב) ההוא גברא דגזל פדנא דתורא מחבריה

אזיל כרב בהו כרבא זרע בהו זרעא לסוף אהדרינהו למריה אתי לקמיה דרב נחמן אמר להו זילו שומו שבחא דאשבח אמר ליה רבא תורי אשבח ארעא לא אשבח אמר מי קאמינא לשיימו כוליה פלגא קאמינא עכ"ל הגמרא · וכהאי גוונא איתא בב"מ (דף ק"ד ע"ב) אטו הוא אשבח ארעא לא אשבח עכ"ל הגמרא · ולפ"ז קשה אמאי אומן קונה בכל השבח כלי הא הבעל הבית יכול לומר לאומן אטו מעשה ידיך אשבח כלי לא אשבח וה"ל לאומן לקנות רק חצי שבח של הכלי · ומשמע מגמרא ומהפוסקים דאומן קונה בכל השבח עיי"ש בקצות החושן שמביא דברי המרדכי פרק ב' דע"א ודברי הרא"ש דב"ק שמוכח מדבריהם דאומן קונה בכל השבח · ונלפענ"ד להרך הכל בחדא מחתא · לפי מה שכתב הרשב"א בב"ק (דף נ"ח) ד"ה מאי וכו' וכן דעתו ג"כ להשביח לעצמו ולקנות בו שכרו אע"פ שלא קלקלו · אבל לכו"ע בשלא קלקל אינו קונה כל שבחו שעל דעת שיהיה שבחו של כלי לבעלים הוא מתקנה ומשביחה עכ"ל וצ"ל לפרש דבריו · דבעל הבית בעת שנתן לו את העצים לעשות שידה תיבה ומגדל הקנה לו עצים שיוכל לקנות האומן בשבחו של הכלי שישביח אח"כ אף שלא הקנה לו לגמרי העצים להאומן והוה כעין מה שכתב המגן אברהם בסימן רמ"ו ס"ק ח' וז"ל ואף דבח"מ סימן ר"ס סעיף ד' כתב דמקרי אגירו של השוכר לענין קניה · וצ"ל כמ"ש הריב"ש דדוקא לענין הנאה של שכירות מקרי אגירו וזהו ג"כ הנאה הוא אבל הגוף של המשכיר ועיי"ש בסימן ש"ג ובש"ך ועיין בב"מ (דף ס"ז) וכו' · א"כ ה"נ נתן הבעל הבית זכות בעצים להאומן שיקנה ביה שבחו וגוף העצים לא נתן לו לפיכך קונה האומן בשבחו לפי שהוא ע"ג העצים שנתן בעל הבית לקנות בו וקנית כלי הוא מטעם חצר כמו שכתב השיטה מקובצת בב"מ (דף ו') וגם מבואר שם דסגי בכלים מושאל ומושכר והביא הגמרא דפרק הספינה גבי ד' מדות במוכרין משנתמלאת המדה ללוקח ואוקמוה במדה דסרסור דאלמא קונין בכלי מושאל לפ"ז קונין אף בכלי שאין לו תוך כגון עצים כיון דהקניה מטעם חצר הוא · והבעל מחנה אפרים בסימן י"א בקנין חצר הוכיח מהך דב"מ (דף ס"ז ע"ב) דכלים קונה אף שאין להם תוך כגון מחצלאות מדאמרינן שם ואי אגבהינהו בשישי קנינהו עכ"ל הגמרא לכן קנה האומן השבח שהשביח דעצים של בעל הבית שמה קונין לו את השבח והשתא לא קשה מהך דב"ק (דף צ"ו ע"ב) הנ"ל דאי קונה האומן כל השבח דהא יכול בעל הבית לומר לו אטו מעשה ידיך השביח עצים שלי לא השביח · דהא הבעה"ב הקנה לו העצים שנתן לו לעשות שידה תיבה ומגדל שיהיה להאומן זכות לקנות בעצים את השבח שישביח אח"כ אך באופן זה הקנה לו את העצים שיהיה לו זכות לקנות את השבח היינו דוקא אם לא ישלם לו שכר פעולתו אבל אם ישלם לו שכר פעולתו על זה האופן לא הקנה לו ולא קנה אומן בשבח כלי דבמה יהיה נקנה לאומן השבח הכלי כמו דס"ל באמת לכמה פוסקים דאין אומן קונה בשבח כלי של בעל הבית · לכן לא קשה קושיות הקצות החושן דאם אינו רוצה האומן ליתן השבח להבעל הבית אי אמרינן דאומן קונה בשבח כלי במאי נקנה השבח להבעל הבית שמחויב ליתן לו האומן בע"כ דאי מחמת שכבר פסק לו הא הוה דבר שלא בא לעולם · ולפי דברינו ניחא דאם בעה"ב שלם לו שכרו על זה האופן לא הקנה להאומן שיהיה לו זכות בעצים לקנות בהם שבחו נמצא דלא קנה האומן בשבח משולם דבמאי יקנה האומן את השבח כדכתבתי · קצרה של דבר דאם אומן קונה בשבח כלי הוה כמו שיש תנאי בדבר שאם לא ישלם הבעל הבית לאומן שכרו יקנה האומן בשבחו ואם ישלם לו אזי לא יקנה האומן בשבחו · ולפ"ז ג"כ לא קשה אמאי עובר על שכירות פועל על בל תלין לשיטת הרמב"ם דס"ל דפועל גופו קנוי והוה כמו מכירה כמו דאמרינן אי אומן קונה בשבח כלי אין עובר על בל תלין דהא דאומן קונה בשבח כלי אם לא ישלם לו הבעל הבית שכרו הוא קונה לגמרי והוה כשלו כיון דנתן הבעל הבית זכות בהעצים שלו שיקנה בשבחו הוה כשלו לגמרי רק אם שלם לו הבעל הבית שכרו אז הוברר הדבר למפרע שלא הקנה לו זכות בעצים שיקנה בשבחו · לפ"ז אף

שלא

שלא שלם לו שכרו אינו עובר על בל תלין דאדעתא דהכי שכר את האומן שאם לא ישלם לו יקנה האומן בשבחו עבור שכרו · מה שאין כן בשכירות פועלים דאף דגופו קנוי לבעל הבית מ"מ אין גופו קנוי ממש רק קצת קנין אית ליה בגווה שמשועבד גופו של הפועל אצל הבעל הבית שיעשה מלאכתו כמו דבעל חוב קונה משכון דלשיטת הרבה פוסקים אינו רק שומר שכיר ואינו עומד ברשותו להתחייב באונסין אף דקונה אותו כדרב יצחק ולכן עובר על בל תלין · ודברינו אלו היפך נגד דברי הקצות החושן בקצות החושן מבואר שם דהא דאומן קונה בשבח כלי אינו קנין גמור להיות כשלו ממש אלא קצת קנין הוא דאית ליה בגווה לקדושי אשה כמו בעל חוב דקונה משכון לקדושי אשה יכול לשלקו בע"כ ותו לית ליה במשכון ולא מידי והוא הדין ה"נ בשבח הכלי עד שיסלק לו דמי השכירות אית ליה קנין לקדושי אשה ולניזקין וכו' עיי"ש שהאריך קצת · ולפי דבריו יהיה קשה לשיטת הרמב"ם דסובר דפועל גופו קנוי אמאי עובר על בל תלין כמו דאמרינן דאי אומן קונה בשבח כלי אינו עובר על בל תלין דלפי דבריו אינו יכול לחלק ביניהם כמ"ש דהאומן קונה בשבח כלי לגמרי ופועל אין גופו קנוי לבעל הבית רק כמו דבעל חוב קונה משכון · דלפי דבריו גם אין האומן קונה בשבח כלי רק כמו דבעל חוב קונה משכון :

ומה שהביא ראיה לדבריו מדברי הר"ן פרק כל הנשבעין וז"ל והרמב"ן ז"ל תירץ לדברי הגאונים ז"ל דלא דמי משכון דשכירות לשאר השעבות ולא מבעיא למ"ד אומן קונה בשבח כלי דפשיטא על גופו של משכון וכו' וכתב עלה הר"ן וז"ל ולא נתבררו אצלי דאפילו למ"ד אומן קונה בשבח כלי אמאי עדיף ממלוה על המשכון דאיהו נמי קני לה כדרבי יצחק אפילו במשכנו בשעת הלואתו ואדרבה מלוה על המשכון קני לה טפי · דהא כל האומנין שומר שכר בלבד הם כדתנן פרק כל האומנין ואילו מלוה על המשכון קני לה קנין גמור אפילו להתחייב באונסין לדעת רש"י ז"ל כמ"ש שם עכ"ל ומוכיח מזה הקצות החושן דקנין שקונה אומן בשבחו אינו יותר מקנין שקונה בעל חוב במשכון · ולפענ"ד דאין מזה ראיה כלל · דלפי שיטת קצות החושן יהיה קשה על דברי ר"ן מאי מביא הר"ן ראיה דמה שאומן קונה בשבח כלי לא עדיף ממלוה על המשכון דהא כל האומנין שומרי שכיר בלבד הם ומלוה על המשכון קנוי לו אף להתחייב באונסין · דהא מה שאמרו כל האומנין שומרי שכיר הן לא קאי רק על גוף הכלי וגוף הכלי אינו קנוי לאומן כלל כדהוכיח הקצות החושן שם מדברי תרומות הדשן סימן ש"ע עיי"ש באריכות אבל בשבח הכלי פטור אף אם הזיק בידים כמ"ש הקצות החושן שם · וכן מוכח מהגמרא דב"ק (דף נ"ח) הנ"ל · ולפ"ז אדרבה מוכח להיפך דמה שקונה האומן בשבחו עדיף יותר מבעל חוב שקונה משכון · דבמשכון אם הזיק בידים כל הפוסקים סוברים דחייב ובאומן קונה בשבח כלי פטור אם הזיק בידים וטעמא משום דאומן קונה בשבחו לגמרי אבל בעל חוב במשכון אינו קונה לגמרי לכן חייב אם הזיק בידים · קושיא זאת למדתי מדברי קצות החושן דלקמן מה שהקשה על הרמב"ן ועל הריטב"א אח"כ אך היא מקשה בסגנון אחר · לכן נ"ל דאף לפי דברי הר"ן עדיף קנין דאומן קונה בשבח כלי מהא דבעל חוב קונה משכון ודברי הר"ן הם מתפרשים לפי דעתי כך · דכל זמן שקניות האומן בשבחה הוא תלוי ועומד אם ישלם לא יקנה בשבחו ואם לא ישלם אזי יקנה בשבחו · ומן הסתם ישלם לו דהא אם לא היה לו להבעלים לשלם להאומן לא היה שוכרו · לפיכך אמרו חכמים דאין האומן קונה בכלי רק שיהיה עליו שומר שכיר בלבד · אף שלכאורה לפי מאי שכתבנו לעיל דמאי נקנה לאומן בשבחה הוא רק מחמת דנתן הבעל הבית לאומן זכות בעלים שיקנה בו שבחו ואומן קונה בשבחו ואף אם הזיקו בידים יהיה פטור ולפ"ז קונה האומן בשבחו שיהיה כשלו לגמרי ובמה הוא קונה השבח הזה בזכות הבעלים שנתן לו הבעל הבית · ולכאורה מצד הסברא בעינן שיהיו שוין בקניניהן · דאינו יכול להיות הנקנה הבא מכוחו יהיה עדיף מהדבר שמקנין אותה דהיינו הבעלים שיהיה עדיף קנין השבח יותר מקנין הבעלים · ולפ"ז ראוי להיות האומן להתחייב אף באונסין כיון שנתן לו הבעל הבית לזכות בו את השבח שיהיה שלו לגמרי · אך מטעם שכתבתי כיון דבעל הבית מוכן לשלם שכרו דהא על דעת זה שכרו לכן בודאי ישלם שכרו ויבורר הדבר למפרע שלא קנה האומן לא בעלים ולא בשבח לכן אמרו חכמים שאינו אלא רק שומר שכיר · מה שאין כן בהלוה על המשכון דיש ספק לנו אם יוכל לפדות המשכון או לא כיון דדחוק למעות הוא לכן אמרה התורה דבעל חוב קונה משכון שיהיה עומד ברשותו אף להתחייב באונסין לדעת רש"י ז"ל ולהפוסקים דסוברים כוותיה : אך זהו מה שכתבתי הטעם מפני מה אין האומנין רק שומרי שכיר הן הוא שייך רק כשלא הגיע הזמן לשלם שכר אומנתו אבל כשהגיע הזמן תשלום מלאכתו השבח של הכלי הוא קנוי לגמרי להאומן כיון שלא שילם לו אבל על הכלי הוא רק ש"ש בלבד כמו שהיה מקודם דהא לא נתן לו הזכות בעלים רק שיקנה את השבח ותיכף כשקנה את השבח הוחזר גוף הכלי לבעל הבית דאדעתיה דהכי נתן לו הבעל הבית זכות בעלים שלו · וגם האומן רוצה בכך דמה צריך הוא שיהיה לו זכות בכלי כיון שיש לו שבח הכלי ומן הסתם שוה כדי שכרו · וכ"ת במאי נקנה לו את השבח להאומן שיהיה שלו לגמרי דהא במה שנקנין ביה את השבח דהיינו הבעלים אינו עליו רק שומר שכר אף בעת שקונין ביה את השבח והאיך יוכל לקנות בו השבח שיהיה שלו לגמרי · די"ל דהא להפוסקים דס"ל דשכירות לא קניא גוף הדבר להשוכר ואפילו הכי יכול לקנות בו את המציאה שיהיה שלו לגמרי כדכתב המגן אברהם בסימן רמ"ז והבאתיו לעיל ה"נ אף שבעלים אין להאומן שום קנין בגוה שיהיה עומד ברשותו לענין אונסין מ"מ יכול לזכות בהם השבח שיהיה שלו לגמרי · דהא גם השוכר אינו מחויב בשמירת הדבר ששכר רק כדין שומר שכיר בלבד אפילו הכי יכול לקנות בהדבר המושכר שיהיה שלו לגמרי · אך זהו כשהגיע זמן תשלום שכרו של האומן דהוה כמו שהתנה האומן עם הבעל הבית שאם לא ישלם שכרו שיהיה נקנה לו השבח לגמרי בזכות הבעלים שנתן לו הבעל הבית אבל כל זמן שמוכן ועומד לשלם שכרו לא הקנה לו הבעל הבית את השבח והוה רק שומר שכיר על השבח כמו על גוף הכלי · כיון שמוכן הבעל הבית לשלם שכרו ואף שהזיקו בידים את השבח פטור האומן אף שבעל הבית מוכן לשלם לו שכרו הטעם הוא כמ"ש הרשב"א בב"ק (דף צ"ח) הנ"ל לפי שאין דעתו של אומן להשביח לנוך בעל הכלי לחייב א"ע בתשלומי נזקו עכ"ל · גם י"ל דאף דבתחלת הקניית השבח על ידי בעלים של בעל הבית הוא רק יש לו קנין קצת דלא עדיף קנין השבח יותר מקנין הבעלים · מ"מ לאחר שנגמר אומן בשבחו הוא קונה בדמי השכירות שלו אף דאין קנין במלוה כדאיתא בקדושין (דף מ"ז ע"א) ודמי שכירותו הוא מלוה בודאי למ"ד ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף ורב אשי סובר גם אליביה דאומן קונה בשבח כלי כדמוכח בב"ק מדאמרינן דכו"ע סוברים דישנו לשכירות מתחלה ועד סוף וכו' מאי לאו באומן קונה בשבח כלי קמפלגי דר"מ סבר דאומן קונה בשבח כלי וכו' אלמא מוכח דאף לדידיה אומן קונה בשבח כלי · נ"ל דאף דקיימ"ל דבמלוה לא קנה מ"מ הכא קני כיון דבלאו הכי יש להאומן קצת קנין בהשבח על ידי קנין הבעלים על ידי מלוה נגמרת · וכעין סברא זו היא כתובה ברשב"א דב"ב (דף ס"ז ע"א) ד"ה כיון שהחזיק וכו' עיי"ש והו"ק · אך זהו דוקא בשבח היא נקנית לגמרי בדמי שכירתו או על ידי קנין הבעלים לתירוץ האחרון · אבל על הכלי לא נוכל לומר שיהיה נקנה בדמי שכירתו כיון דמן הסתם שוה השבח כדי שכירתו ואדעתיה דהכי לא נתן לו הכלי שיהיה נקנית לו כיון דבלאו הכי בטוח האומן בשכרו · ואף אם נימא דרצונו של האומן שיהיה בטוח בשכרו ויתפס כל הכלי כדאמרינן בגמרא ב"מ (דף פ' ע"ב) הלא אפילו תימא ר' מאיר בהביא בגלה דתפס ליה אגרא ולא בעי למיטל ולמיפק אוזי ה"נ שומר שכר עכ"ל הגמרא שם מחמת זה די לנו לומר שיהיה האומן רק שומר שכר בלבד כדאמרינן שם · לפ"ז יתפרשו

דברי

במאי המה מחולקים הרמב"ן והר"ן שם דהרמב"ן סובר כיון דאומן קונה בשבח הכלי שיהיה שלו לגמרי לכן עדיף ממלוה על המשכון שאף שהתם שהמלוה בא לפרוע ממשכון משום דאין הלוה רוצה לשלם ממקום אחר מ"מ הא בעת שהלוה לו דעת הלוה והמלוה שיהיה לו תשלומין ממקום אחר לכן כשבא המלוה לפרע חוב ממשכון והלוה כופר שלא לוה מעולם הוה כבא ליטול לכן נשבע המלוה בנק"ח ונוטל התשלומין מהמשכון · אבל גבי אומן כיון שרוצה בעל הבית שיהיה בטוח יותר בתשלום שכרו כי אליו הוא נושא את נפשו כדאמרינן בב"מ (דף קי"ב ע"א) כל הכובש שכר שכיר כאילו נוטל את נפשו ממנו · לכן נתן לו זכות בעלים שיהיה נקנה להאומן השבח לגמרי אם לא ישלם לו וגם האומן אדעתא דהכי נשכר לו מחמת כי תלה חיות נפשו בזה השכר אם לא יקנה השבח שיהיה שלו לגמרי אם לא ישלם לו באופן זה לא היה נשכר לו כדי שלא ילך בפחי נפש שיצטרך למיעל ולמיפק אזוזי ויהיה מחוסר מזון עד שישלם לו · וכיון שקונה האומן לגמרי בשבחו שיהיה כשלו הוה כטוען על גוף השבח שהוא שלו · לכן אינו נקרא שהאומן נשבע ונוטל רק הוא בא לפטור את עצמו לכן פטור משבועות המשנה · זה סברת הרמב"ן · אבל סברת הר"ן כיון דמה שהאומן קונה את השבח דהיינו שעלים לא הוה רק עליהן שומר שכיר לא עדיף קנין השבח מעלים שמקנין בהם את השבח אף שהאומן קונה בשבח כלי הוא רק קנין אית ליה בגוה לקדושי אשה ואדרבה מלוה על המשכון קנה לו טפי דהא לדעת הש"י ז"ל הייב באונסיה · אך דברי הר"ן אין נאמרים רק כשבעל הבית טוען שישלם לו שכרו אבל אם בעל הבית אינו רוצה לשלם שכרו בזה מודה לסברת הרמב"ן דאומן קונה בשבחו לגמרי · דהא אפילו אם הזיקו בידים פטור האומן וכפשטא דגמרא דאומן קונה בשבח כלי דמשמע שקונה לגמרי ולא שייך בזה לומר דלא עדיף קנין השבח יותר מקנין העלים שנקנה בו · דבשלמא כל זמן שתלה ועומד אם ישלם לו או לא שייך זאת הסברא דהא כל האומנין ש"ש הן על גוף הכלי אף בעת שקונין בו שבחו לכן לא נוכל לומר שיהיה קנין השבח עדיף יותר מקנין עלים שנקנין בה את השבח · אבל כשאינו רוצה לשלם לו שכרו נקנית השבח להאומן עבור תשלום שכירתו כמ"ש לעיל לפי שיטת הרמב"ן · אך בזה הם מחולקים שהרמב"ן ס"ל שקונה האומן כשהגיע הזמן התשלומין של דמי שכרו דאיה כמו שהותנו שאם יוגמר השבח יהיה נקנית ליה בקנין על ידי עלים או בדמי שכירתו כמ"ש לעיל · אבל הר"ן סובר כשיהיה מבורר שלא שלם לו או הקנה לו השבח למפרע בקנין העלים או בדמי שכירתו אבל כל זמן שאינו מבורר בודאי שלא שלם לו שכרו על זה האופן לא הקנה לגמרי את השבח דמה"ת תיהי ירצה הבעל הבית שיהיה עדיף כח של האומנין יותר מכוחו דיהיה האומן נאמן אף בלא שבועות המשנה · ובאופן זה יתפרשו דברי הריטב"א דפרק האומנין והרמב"ן בספר המלחמות סוף פרק שבועות הדיינין שהביא הקצות החושן שם ראיה לדבריו וגם יהיה מתורץ הקושיא שלו שהקשה שם · איברא דאיכא למידק בדברי הרמב"ן והריטב"א כמ"ש דכל האומנין ש"ש ואינו קונה לאונסין ש"מ דאינו קנין גמור דהא לפי מ"ש קנין שקונה אומן בשבח כלי אינו אלא בשבחו ולא בגוף הכלי עיי"ש שהאריך ולפי דברינו יהיה מתורץ ודו"ק · ולפ"ז יתורץ הך דפרק הזהב (דף מ"ח) דאמר רב שם דוקא בלן דלא מחסרה משיכה מה דקשיא לן לפי שיטת הרמב"ם דסובר דפועל גופו קנוי אמאי לא מהני קנין משיכה גבי בלן דפירושו של הגמרא דמחסרה משיכה דלא שייך שם קנין משיכה כדכתבתי לעיל · ולפי שיטת הרמב"ם כיון דגופו קנוי שייך גבי בלן קנין משיכה כדכתבתי לעיל בשם היטיב · אבל לפי דברינו ניחא דאין על הפועל רק שיעבוד על הגוף לבעל הבית שיעשה מלאכתו משום הכי עובר על בל תלין על שכירתו · כיון דאין גופו קנוי לגמרי רק שיעבוד בעלמא לשיטת הרמב"ם דס"ל דפועל גופו קנוי · מה שאין כן אי אמרינן אומן קונה בשבח כלי דאינו עובר על בל תלין ניחא אף לדברי הרמב"ם לא מבעיא אם סובר כשיטת הרמב"ן שהביא הר"ן בפ' שבועות הדיינין הנ"ל דהוא בודאי סובר דאומן קונה בשבח לגמרי ולכן הוי כמכירה בעלמא ואינו עובר על בל תלין ואף אם סובר הרמב"ם כשיטת הר"ן הנ"ל גם הוא סובר לפי פירושי כדבריו שאם מבורר לפנינו שאינו רוצה הבעל הבית לשלם שכרו קונה האומן בשבח הכלי לגמרי כמו שכתבתי לעיל · לפיכך כיון שיש בהשכר האומן הזה חד צד דנקנה לו השבחה לגמרי לכן כיון דמעורב בהשבח קצת אופן מכירה דהיינו שאם יבורר לפנינו שלא שלם לו או נקנה לו השבח ואח"כ כששלם לו הוה כמו שמכר לו את השבח לכן אינו עובר על בל תלין כיון דמעורב בו חד צד דמכירה הנ"ל ואינו נקרא דמי שכירות לגמרי · אבל גבי פועל אינו מעורב בו שום צד מכירה כלל דאין עליו רק שיעבוד בעלמא שיעשה מלאכתו אף לשיטת הרמב"ם דס"ל דפועל גופו קנוי משום הכי עובר על בל תלין · ומשום זה לא שייך קנין משיכה גבי פועל כיון דאין גופו קנוי ממש רק לשיעבוד בעלמא כדכתב הנ"י והר"ן פרק השואל (דף צ"ט) והבאתיו לעיל דהיכא דאינו נקנה לגוף הדבר לא מהני קנין משיכה לכן אמרינן בגמרא פרק הזהב הנ"ל דדוקא בלן דלא מחסרה משיכה פירושו דלא שייך שם קנין משיכה · ולפ"ז מוכח סברת הקצות החושן שכתב סימן ע"ב שכתב בשם התוספו' דפרק השוכר את הפועל ובשם הגהות אשרי דפרק הזהב דהיכא דלא מהני קנין כסף קונין במשיכה מן התורה והיכא דלא מהני קנין משיכה נקנין בקנין כסף מהך דפרק הזהב דכמו לר"ל דלדידיה הקנין במשיכה במקום דלא שייך קנין משיכה מהני קנין כסף · ה"נ לר"י היכא דלא שייך קנין כסף מהני קנין משיכה לשיטת כל הפוסקים כמו שביארתי בפרחים הקודמים וגם לשיטת הרמב"ם שכתבתי בפרח הזה :

ולפ"ז יתורץ מאי דקשיא לן מהך דסוף פ"ב דע"א דמבואר שם דבמשכנתא צריך טבילה וכן מבואר ביו"ד סימן ק"כ במה נקנית המשכון מעובד כוכבים לישראל · דהא קנין משיכה לא מהני במשכון לפי שיטת הרב ר' יוסף הלוי שהובא בחידושי הר"ן וב"י בריש פ"ק דמציעא על הסוגיא דסילך וגם קיי"ל דקנין עובד כוכבים מישראל או ישראל מעובד כוכבים הקנין הוא רק במשיכה וקושיא זו כבר כתבתי לעיל בפרחים הקודמים בשם הגאון נכד המחבר בעל ישועות יעקב ולפי סברת הקצות החושן ניחא כיון דלא מהני בו קנין משיכה נקנית המשכון מהעובד כוכבים לישראל בכסף :

עוד נלפענ"ד לתרץ הקושיות הגאון הנ"ל שאף שדעת הרב ר' יוסף הלוי לפי פירש הר"ן שם שבמשכון לא מהני קנין משיכה היינו דוקא התם לגבי הילך שנותן לו המשכון לאחר הלואה משום הכי יש ראיה מפ"ק דקדושין (דף ח' ע"ב) דמנה אין כאן משכון אין כאן כמו דלא מהני שם קנין משיכה מחמת כי אין לו שיעבוד עליו ה"נ לא מהני קנין משיכה גבי משכון שנתן לו אחר הלואה הא דמשועבדים לו מכבר נכסי הלוה בעת שלוה מ"מ אינו קונה המשכון הזה במשיכה דעל ידי משיכת המשכון יהיה מסולק השיעבוד שיש להמלוה על שאר נכסים נמלא דהקניות המשכון הזה הוא רק לסלק שיעבוד הגוף שיש להמלוה על הלוה וגם שיעבוד הנכסים שהיה לו · ומשום הכי לא מהני קנין משיכה · וכי היכא דאמרינן בפרק קמא דקדושין כשאין לו שיעבוד הגוף לא מהני קנין משיכה במשכון ה"נ במשכון שנתן אחר הלואה שעל ידי זה הוא מסולק משיעבוד הגוף ומהשיעבוד נכסים של הלוה לא מהני ג"כ קנין משיכה · אבל היכא שנתן לו המשכון בשעת הלואה שמשעבד גופו אם יארע איזה אונס בהמשכון דבשעת הלואה לא הוה על המשכון רק שומר שכיר בלבד (כמבואר בש"ך בח"מ סימן ע"ב ס"ק ע' ובכמה דוכתי בראשונים ובאחרונים) לכן נקנית המשכון במשיכה אף לדעת הרב רבי יוסף הלוי ז"ל · לכן ניחא הא דמשכנתא דעובד כוכבים צריכין טבילה אף שישראל מעובד כוכבים אין מועיל קנין כסף במה נקנית המשכון לישראל אם נימא דקנין משיכה לא מהני במשכנתא כמו שכתב הגאון הנ"ל : ולפי דברינו ניחא

דמהני קנין משיכה גם במשכנתא לכן נקנית המשכון דעובד כוכבים לישראל במשיכה וצריך להטביל :

וגם נ"ל להרץ קושיות הגאון הנ"ל שנדפס דבריו בספר ישועות יעקב בח"מ סימן קנ"ו דהא קיי"ל דישראל מעובד כוכבים אינו קונה משכון ואמאי אמרינן בסוף פ"ק דע"א וכן פסק (בשו"ע יו"ד בסימן ק"כ) דמשכון מעובד כוכבים צריך טבילה הא ישראל מעובד כוכבים אינו קונה משכון ולפענ"ד להרץ דהא דישראל מעובד כוכבים אינו קונה משכון כמו שקונה ישראל מישראל כדרב יצחק וכו' · מ"מ יש לישראל קצת קנין שוה כמו שאברר דלכאורה צריכין להתבונן לפי שיטת הפוסקים דהא דקונה ישראל מישראל משכון כדרב יצחק היינו דוקא במשכון מטלטלין אבל במשכון קרקע לא קנה ליה עיין ברש"י בגיטין (דף ל"ז ע"א) ד"ה שאני משכון דמטלטלי עיי"ש בסוגיא דמוכח שם · ולפ"ז דמשכון דקרקע לא קנה להבעל חוב כדרב יצחק ועיין בתוספות ב"מ (דף ס"ז ע"ב) ד"ה שביעית משמטתו וכו' דשאני מטלטלין דתפיס להו וקנה להו שלא בשעת הלואתו כר' יצחק (לקמן דף פ"ב) ולהכי גם בשעת הלואה חשוב של אהך בידך אבל קרקע לא עכ"ל · והאמאי אמרינן בכמה מקומות בש"ס דיכול לעשות אפותיקי מפורש על הקרקע · ויותר מזה כתבו התוספות בב"מ (דף ע"ו ע"ב) ד"ה הא וכו' ולפי המסקנא דמוקי באפותיקי אהי בשיר דאע"פ דלא מסיק ביה אלא שיעור ארבעה נותן לו היציאה ללוקח והשבח היתר על היציאה לוקח אגב כדין יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות עכ"ל (ועיין בש"ך בח"מ סימן קט"ו ס"ק כ"ו) שהביא כמה דעות שסוברים כדעת התוספות שדעת הרא"ש ודעת הרי"ף בפ"ק דמציעא ורב האי גאון בספר מקח וממכר (בשער כ"ז דף כ"ח ע"א ובשער כ"א ריש דף ס"ו) וכן כתב ה"ה בפרק כ"א מהלכות מלוה שכן דעת רבינו האי והלכות ולזה הסכימו הרמב"ן והרשב"א ז"ל · הרי חזינן דהאפותקי מפורש נעשית ונחשבת כשל המלוה עד שכתבו הפוסקים הנ"ל דהלוקח שהשביח הוי כיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונוטל המלוה בחנם והאמאי הא משכון מקרקעי לא קני ליה כדרב יצחק · וצריכין לומר כיון דזה הוציא מעותיו מחמת שעיעבד אפותקי מפורש אשדה זו דאף אם שטפה נהר אינו גובה משאר הנכסים דאמר ליה נסתחפה שדך עיין בגיטין (דף מ"א ע"א) וכן פסק בשו"ע בח"מ (סימן קי"ז סעיף א') לכן הוה דומה למשכנתא באתרא דלא מסלקי דאיתא בב"מ (דף ס"ז ע"ב) ובאתרא דלא מסלקי בע"ח גובה ממנו והבכור נוטל פי שנים ואין שביעית משמטתו ופירש"י ע"ז ד"ה בע"ח גובה ממנו דמכר הוא אצלו והיינו מטעמא דהוי עכ"ל רש"י · ואף במשכנתא באתרא דלא מסלקי לא יוכל הלוה לסלקו אף במעות בתוך הזמן ובאפותקי מפורש יכול הלוה לסלקו במעות (עיי"ש בח"מ בסימן קי"ז הנ"ל) לפ"ז יש חילוק בין משכנתא באתרא דלא מסלקי בין אפותקי דמפורש מ"מ דומה יותר למשכנתא באתרא דלא מסלקי ואין דומה כלל למשכנתא באתרא דמסלקי דכתבו על זה התוספות הנ"ל דלא קנה לו כדרב יצחק מפני שהוא קרקע כדהבאתי לעיל מדכתב השו"ע בח"מ בסימן הנ"ל בסעיף ב' משכונא אם משכנה לו סתם דינה כאפותקי סתם ואם פירש לו לא יהא לך פרעון אלא ממנה דינה כאפותקי מפורש עכ"ל · וטעם דין הזה מחמת האחרונים · וכתבו הטעם דמשכנתא סתם דומה למשכנתא באתרא דמסלקי · אבל נעשה אפותקי מפורש אינו דומה למשכנתא באתרא דמסלקי · לכן נראה דיש קנין שוה להלוה אם נעשה אפותקי מפורש דלא כתבו התוספות ורש"י הנ"ל דלא קנה משכון דקרקע כדרב יצחק רק על משכנתא סתם ובהדיא חילקו הפוסקים בין משכנתא ובין אפותקי מפורש · ולפ"ז במשכון דמטלטלין אף שהמשכון הוא דלא קנה לו כדרב יצחק מ"מ כיון דהוציא מעותיו על ידי משכון זה וגם במשכון דמטלטלי יש סברא דעדיפא מאפותקי מפורש כיון דתפיס גם יש לו קנין שוה · דהתוספות שהבאתי לעיל כתבו הסברא מפני מה קונה הבעל חוב משכון דמטלטלין כדרב יצחק משום דתפיס גם אבל קרקע לא כדהבאתי לעיל שבונו וה"ה במשכון דעובד כוכבים אף דלא קנה מדרב יצחק מהפסוק ולך תהיה צדקה מ"מ הטעם מפני מה קנו לו מדרב יצחק משום דתפיס שייך ג"כ גבי משכון עובד כוכבים וגם דאם נאבד המשכון אבדו מעותיו · אף דזה הדין מבואר בש"ס ופוסקים רק לגבי ישראל מכל מקום נראה דגבי עובד כוכבים גם כן הדין כן אף דלא קנה להמשכון ואין בהם דין שומרים בידוע מ"מ מצינו יותר מזה בשבועות (דף מ"ג ע"ב) אמר שמואל האי מאן דאוזפי אלפא זוזי לחבריה ומשכן ליה קתא דמגלא אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי ופירש"י על זה בד"ה אבד וכו' וכיון דקבליה לשם משכון כל כמה דלא מהדר לו משכונא לא גבי ולא תלי שיעור נפשיה בדמי שוין · ולפ"ז ה"ה גבי עובד כוכבים כל כמה דלא מהדר לו משכונא לא יוכל לגבות מעותיו ואפילו למאן דלא ס"ל הא דשמואל לקצת פוסקים היינו טעמא דמשכון שאינו שוה כל החוב אין אדם מקבלו אלא לזכרון דברים בעלמא עיי"ש ברש"י (דף מ"ד) ד"ה ודשמואל ובתוס' שם בד"ה מאי לאו ועיין בח"מ בסימן ע"ב בב"י · ואפילו לשיטת הסוברים דשמואל איירי בדפירש שמקבל שאם יאבד הקתא דמגלא יאבד אלפי זוזי ואפילו הכי לא פסקו כשמואל היינו דוקא משום דהוה אסמכתא · אבל גבי משכון של כותי שוה כנגד החוב בודאי קבלת המשכון שאם יאבד המשכון יאבד מעותיו וכל כמה דלא מהדר ליה משכון יוכל לתבוע מעותיו מן הכותי · ואף לר' אליעזר דאיתא בשבועות דף מ"ג הנ"ל ובב"מ (דף פ"א ע"ב) מוכח מהגמרא דשם דלית ליה האי סברא · מ"מ לפי הפוסקים דפסקו כשמואל ואף להפוסקים שלא פסקו כשמואל לקצת מהנך פוסקים לא פסקו כוותיה דשמואל רק בדלא שוה המשכון כדי חובו אבל בשוה הוה כמפרש שאם יאבד המשכון יאבד מעותיו · ולפ"ז גם במשכנתא דעובדי כוכבים אף דאין בהם דין שומרים מ"מ אם אבד המשכון אבדו מעותיו דהוה כאילו התנו בהדיא על כך · וכן כתבו התוספות בשבועות (דף מ"ד) ד"ה שומר דאפילו במי שאינו בגדר שומרין אמרינן דהוה כאילו פירש שאם יאבד המשכון יאבדו מעותיו · ומזה הוכיח הבעל נתיבות המשפט (בסימן ע"ב ס"ק י"ג) דאם משכן לו קרקע או שטרות דאין בהם דין שומרים מ"מ הפסיד מעותיו מטעם דהוה כאילו פירש · מה שאין כן להמחבר דהוה שומר שכיר משום פרוטה דר"י בקרקע ובשטרות לא שייך דין שומרים · ואף בסמ"ע בסימן ס"ו כתב דבשטרות דאין בהם דין שומרים לא מהני פירש בלא קנין מ"מ הא התוספות כתבו שם דאפילו בעובד כוכבים דהפסיד מעותיו דהוה כאילו פירש · ואף דעובד כוכבים ג"כ אין בו דין שומרים וע"כ כיון דהוי כאילו פירש הוי כאילו הלוה לו המעות על תנאי שיפסיד המעות כשיאבד דמהני אפילו בלא קנין וכן פסק להלכה עיין במשה"כ בס"ק ע"ו שם · ולפ"ז דמשכנתא של עובד כוכבים שוה לדין אפותיקי מפורש דבשניהם אם נפסד הדבר אבדו מעותיו ואף אם נפסד באונס כעין נגנב שניהם דיניהם שוה דאבדו מעותיו כמו שכתב הבעל נתיבות המשפט שם גבי אם השכין ביתו איברא דיש לחלק בין משכנתא דעובד כוכבים ובין אפותיקי מפורש · דבמשכנתא דעובד כוכבים ודאי לא עדיף ממשכנתא דישראל דלשיטת הרבה פוסקים אינו חייב רק בגנבה ואבדה ובאפותקי מפורש משמע דאף אם נשטפה השדה על ידי אונס ג"כ הדין כן דאבדו מעותיו מדכתב הטעם דמטעם זה פטור אם נשטפה משום שיכול לומר נשטפה שדך עיין בריש סימן קי"ז · ולפי הטעם הזה משמע לכאורה אפילו אם נגנבה באונס ג"כ פטור · אך נראה לי כיון שהוכחתי דגם במשכנתא דעובד כוכבים קיימא ברשות ישראל באחריות גניבה ואבידה יש לו קצת קנין שוה כמו במשכנתא דישראל להפוסקים דפסקו כשמואל וגם לשאר קצת פוסקים כדכתבתי לעיל וכן כתב הש"ך באו"ה (בסימן ח"מ ס"ק ד') דאף במשכנתא דעובד כוכבים הוא באחריות המלוה · ואף שכתב החק יעקב שם בס"ק י"ד דדוקא במלוה ישראל אחריות המשכון על המלוה מה שאין כן במשכון של עובד כוכבים שאין לו דין שומר אינו המשכון באחריותו של המלוה וכן כתבו התוספות בהדיא פ' שבועות הדיינים דף מ"ד ד"ה שומר אבידה עיי"ש בדבריו · מ"מ לפענ"ד לפי

מאי דאמרינן בע"ה (דף ו' ע"ב) דהלכתא כר' יהושע בן קרחה דס"ל מלוה בשטר אין נפרעים מהם וכו' וכתבו התוספות שם (בדף ב') ד"ה לפרוע וכו' והיכא דאיכא משכון אומר בירושלמי דאין מלוה אובדת במשכון מיהו בכל ענין חשוב כמציל וכו' אפילו במשכון וכו' ופירש הש"ך ביו"ד (בסימן קמ"ח ס"ק ג') שטעמא של התוספות עיי"ש · ולפי דבריו גם במשכנתא דעובד כוכבים עיקר סמיכתו רק על המשכון דאם יאבד המשכון יאבד מעותיו והוה כאילו הותנו שיהיה כך כמו שאברר לקמן · ואף בזמן דעל ידי משכון לא נקרא מציל מידם · מ"מ אם יאבד המשכון אבדו מעותיו נקרא מציל מידם דלא עדיפא מלא היה משכון כלל דזה הוי כמציל מידם כמבואר שם בשו"ע ובגמרא הנ"ל · ואדרבה כשהיה לו משכון ונאבד גרע מלא היה לו מעולם משכון כלל דעל ידי זה יש להעובד כוכבים פתחון פה שבקל יכול להשמט ממנו שלא לפרוע אותו ויאמר לו תן לי המשכון ואתן לך את מעותיך · ולפי זה המשכון דעובד כוכבים באחריות המלוה ישראל אף שמצד הדין כיון דאין דין שומרים שייך בהם וגם לא פסקינן כשמואל כלל אין המשכון של העובד כוכבים באחריות המלוה ישראל · מ"מ כיון דאין פורעין בלא משכון נקרא שהמשכון באחריות המלוה ישראל כדכתב הרשב"א בחולין (דף ל"ט ע"ב) ד"ה הזינן וכו' ומסתברא לי דהא אתיא כאמימר דאמר בשלהי ע"א דמעות עובד כוכבים אינן קונות וקיי"ל כוותיה והלכך אי לאו גברא אלמא הוא לא קנה ואינו שותף בה דאמר ליה ליתיה לגר מיהו בגברא אלמא דע"כ שקיל ה"ל כאילו שותף בה ואסור · ומדרבנן קאמר וכאותו שאמרו בפסחים בעירו המירה דבני חילא דאילו מיתבד או מיגנב ברשותייהו קאי ה"ל כדידהו וכו' עכ"ל · לפ"ז ה"נ כיון שאינם פורעים עד שיותן להם המשכון הוה המשכון באחריות של המלוה ישראל אף שהוא רק מצד אלמותם מ"מ הוי כמו שמצד הדין · אף שכתב הרשב"א שרק מדרבנן נעשה שותף בגוה וגם יש מן הראשונים שס"ל כך סברא שאף מדרבנן אינו נעשה שותף בגוה כמו שמשמע מדבריו ועיין ברש"י ובתוספות שם · מ"מ נלפענ"ד דזה הוא רק דוקא משום דרובן של עובדי כוכבים בזה הדבר אינם אלמין אף אם לפעמים נמצא בהם איזה אלם גם בדבר הזה · לכן כתב הרשב"א שרק מדרבנן יש להאלם קנין בגוה · ושאר מפרשים סוברים שאף מדרבנן אין להאלם קנין בגוה משום דיכולין לכופו לדין כיון שרובן של עובדי כוכבים אינם אלמין · מה שאין כן גבי לפרוע מהם שרובם אינן רוצים לפרוע מה שלוה מישראל ובפרט כשהיה לו משכון ונאבד שיש לו פתחון פה להשמיט ממנו כדכתבתי הוה כאילו פירש בשעת נתינת המשכון כשיאבד המשכון יאבד מעותיו דאומדנא דמוכח הוא דעל דעת כן היה נתינת המשכון · והוא דומה לשטר מברחת בפרק האשה שנפלו (דף ע"ט) ולסוגיא דפרק מי שמת (דף קמ"ו ע"ב) דתניא מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו ר' שמעון בן מנסיא אומר אין מתנתו מתנה שאלו היה יודע שבנו קיים לא היה כותב ועיין בתוספות כתובות (דף ל"ז ע"א) ד"ה זבין ובהרא"ש שם בסימן ט' שהביא שם כמה סוגיות דלא בעינן אפילו גילוי דעת בשעת המעשה אם היה כאומדנא דמוכח ומבואר בהרא"ש הטעם דלא הוי דברים שבלב משום דבלאו גילוי דעת אנן סהדי דלהכי איכוון ועיין בח"מ (בסימן ר"ז בסעיף ד') ברמ"א · הכי נמי כיון שרובן של עובדי כוכבים אלמים הם שלא לפרוע · שמחמת זה אמרו שהוא כמציל מידם ומכל שכן אם היה לו משכון ונאבד שאז קרוב לודאי שלא יפרע כדכתבתי אומדנא דמוכח בשעת שלוה על המשכון שאם יאבד המשכון יפטור מן החוב ולא הוי דברים שבלב כלל דהוי כאנן סהדי דלהכי כיוונו הישראל והעובד כוכבים · ולפי זה מן הדין הוא שיהיה אחריות המשכון על ישראל ולא יש מי שחולק בזה · ומה שכתבו התוספות לדברי הכהן יעקב הנ"ל שבעובד כוכבים אין אחריות של המשכון על ישראל · צריכין לומר דלא יהיה קשה על דברי התוספות מדפסקינן הלכה כר' יהושע בן קרחה דעובדי כוכבים אינם פורעין אם לא יהיה להם משכון אצל ישראל ומכל שכן כשהיה משכון ונאבד · ולפ"ז איכא אומדנא דמוכח שאחריותו של המשכון על ישראל המלוה דמה שכתבו התוספות איירי שקיבל העובד כוכבים לדון בדיני ישראל או דכוונת התוספות דיכול לומר דמתניתין דמלוה ישראל על המשכון אתיא כת"ק דר' יהושע בן קרחה דלא ס"ל הך סברא דמיקרי מציל מידם דגם הסתם מתניתין ריש ע"א לא ס"ל ג"כ כר"י בן קרחה עיי"ש ודו"ק · היוצא מדברינו דגם במשכנתא דעובד כוכבים אחריותו של המשכון על המלוה לפיכך אמרו בסוף פ"ב דע"א וכן נפסק ביו"ד סימן ק"כ דמשכנתא של עובד כוכבים צריכין טבילה משום כיון דישראל חייב באחריותו ברשותו קיימי להיות נקרא שלו ונכנס לרשותו של ישראל לכן צריך להטביל · וגם ניחא מה שפסק ביו"ד שם דכלים שכורים אין צריכין טבילה משום דכיון דאם אבד הכלי המושכר אין חייב השוכר לשלם רק כפי הימים שנשתמש בו כדפסק בשו"ע בח"מ (סימן ש"י סעיף ב') אמר חמור זה וכו' ומתה בחצי הדרך נותן לו שכרו של חצי הדרך ומקור דין זה ממשנה דב"מ (דף ע"ח ע"א) ומגמרא שם (דף ע"ט ע"א) וביותר מזה פסק בשו"ע (בסימן ש"ב סעיף י"ז) דאם אמר בית זה אני משכיר לך אינו משלם רק מה שנשתמש בו ומחזיר לו שאר השכירות · ולפ"ז גבי כלים השכורים אינו באחריות השוכר לכן פסק דאין צריך השוכר להטביל דאינו ברשות השוכר כלל [ועיין במגן אברהם סימן תמ"א ס"ק ו' דגם הוא מיישב מפני מה משכנתא דעובד כוכבים צריכין טבילה מספק היינו טעמא משום הנראית כשלו ועיין בחושן משפט סימן רנ"ג סעיף כ' בהג"ה] :

וגם נראה לי ליישב הא דמשכנתא דעובד כוכבים צריכין טבילה מספק מגיטין (דף ל"ז ע"א) תניא אידך היה לו שדה אחת בהלואתו אינו משמט עכ"ל הגמרא וכן פסק הרמב"ם בפ"ט מהלכות שמיטה (הלכה ו') הובא דבריו בח"מ סימן ס"ז סעיף ג' והטעם מפני מה אינו משמט דכיון שהגביל לו מיצרי השדה ואמר לו מכאן תגבה חובך דאז ה"ל מיוחד יותר לחובו וכגבוי ממש דמי עיי"ש ברש"י ד"ה היה ובסמ"ע שם ס"ק י' · ולפ"ז משכנתא דמטלטלי דעובד כוכבים בודאי יותר עדיפא מהיה לו שדה דתפיס בה · ומוזכר זאת הסברא בתוס' ב"מ (דף ס"ז ע"ב) ד"ה ושבועות עיי"ש וכתבתי לעיל ועיין במשכנות יעקב בחלק ח"מ סימן מ"ט · ואף להחולקין על דעת הרמב"ם וסבירא להו דכשיש לו שדה לא הוי כגבוי מ"מ במשכון דמטלטלין אף שמשכנם בשעת הלואתו דלא קנה לו כדרב יצחק מ"מ אינו משמט דהוי כגבוי וכן פסק בש"ע שם בסעיף י"ב עיי"ש · ולפ"ז גם במשכנתא דעובד כוכבים אף דלא קנה לו כדרב יצחק מ"מ הוי כגבוי לא מבעיא לדעת הרמב"ם הנ"ל אלא אפילו לדעת החולקים אמרינן דהוי כגבוי משום דתפיס בה לכן פסקו דמשכנתא של עובדי כוכבים צריכין טבילה מספק משום דעומד ברשות של ישראל דמחמת זה אמרינן דהוי כגבוי :

ומה שהקשה הבעל משכנות יעקב שם אהך דהיה לו שדה אחת דקחשיב ליה כגבוי מהא דמקשה בפסחים לרבא דאמר בעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה ממתניתין דקתני ישראל שהלוה את הכותי על חמצו עובר עליו בבל יראה אלמא למפרע הוא גובה ודחיק לשנויי לרבא בשהרהינו אצלו ואי נימא דיש לחלק בין שדה המסוימת לשעבוד כל הנכסים מאי קושיא דהא ע"כ רבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה לא אמרו רק בשיעבד כל הנכסים אבל בשדה מסוימת אמרינן דחשיב כגבוי לענין שמיטה ודינו כמשכון וממילא דגם לענין חמץ ברשותו קאי דהא איירי שהלוה לו ביחד על החמץ והוה כשיש לו שדה וכלא גביה קאי ברשותו · אלא מוכח לכאורה דאין לחלק כלל בזה ואף בשיש אינו קונה מכאן ולהבא ומטעמא דרבא שם דכיון דמצי לסלוקי בזוזי ברשותיה קאי

אך

אם לא היכא דאמר לו שדיה מעכשיו והוא הקשה זאת רק לדעת רמב"ם הנ"ל · ולפי דברי יהיה הקושיא אף להחולקים על הרמב"ם דהא כתבתי דמשכון דמטלטלין דתפיס לה אף אם לא קני לה כדרב יצחק מ"מ הוי כגבוי · ולפ"ז מאי מקשה על רבא מהך מתניתין דהלוה ישראל על חמצו של עובד כוכבים דהא דאמר רבא מכאן ולהבא הוא גובה אמר רק היכא דלא משיים כלל המלוה אז לא אמרינן דהשדה שלו אינו כגבוי ביד המלוה אלא מכאן ולהבא הוא גובה · ולפענ"ד לתרץ דהא דאמרינן בגיטין דאם שיים שדה הוי כגבוי היינו אם הגיע הזמן ולא פרע לו אז נחשב השדה כגבוי דשם איירי לענין שמיטה דאינו משמט מחמת זה דהוי כגבוי אבל בלא זה היה משמט ושביעית אינו משמטת רק כשהגיע הזמן קודם שביעית כדאמרינן במכות (דף ג' ע"ב) היכא דאמרי אמר רב יהודה אמר שמואל המלוה את חבירו לעשר שנים אין שביעית משמטתו ואע"ג דאתי לידי לא יגוש השתא מיהא לא קרינן ביה לא יגוש אמר רב כהנא אף אנן נמי תנינא כו' עכ"ל הגמרא · וכוותיה קיי"ל · עיין בח"מ סימן ס"ז סעיף י' ולפ"ז על כרחך איירי הך דשיים לו שדה כשהגיע הזמן ולא פרע · לכן אמרינן דהוה השדה כגבוי להמלוה אבל שהך דהלוה ישראל לעובד כוכבים על חמצו דשם איירי שלא הגיע זמן קודם פסח עיי"ש בסוגיא ובפוסקים דמוכח כן בהדיא לבד דעת הרמב"ם והקשה עליו וגלאו לתרץ דבריו · לכן מקשה הגמרא לרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה אמאי מותר בהנאה ברשותו דישראל הוה קאי דאף דזה עדיפא טפי משיים לו שדה כדכתבתי · מ"מ כיון שלא הגיע הזמן קודם פסח לא הוי כגבוי כיון דיכול לסלק בזוזי דזה הטעם של רבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה כיון דאילו הוה ליה זוזי הוה מסלק ליה בזוזי אשתכח דהשתא קא קני · ומה שמבואר בתוספות ב"מ (דף ע"ו ע"ב) ד"ה הא דבאפותקי מפורש הלוקח חשוב כדין יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות והבאתי לעיל כמה פוסקים שס"ל ג"כ זאת אף דהלוה יכול לסלקו בזוזי מ"מ חשוב כיורד שלא ברשות אף בתוך הזמן כדמוכח מתוך דבריהם דהתם שאני דאף דהלוה יכול לסלקו בזוזי מ"מ הלוקח אינו יכול לסלק בזוזי (עיין בח"מ ריש סימן קי"ז) משו"ה לגבי הלוקח מקרי השדה של אפותקי של המלוה והוה כיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות :

פרח יא

לפי דברינו בפרח הקודם דלהכי גבי משכנתא של כותי צריכין טבילה מספק אף דלא קנה כדרב יצחק · מ"מ עומד המשכון באחריות המלוה הישראל · כדהוכחנו שם ולכן עומדת ברשותו של ישראל להצריכן טבילה מספק מה שאין כן בכלי המושכר אינו הוא באחריות השוכר ואף אם שילם כל שכרו ונאבד בתוך ימי שכירותו מחשבים השכר לפי הימים שהיה אצלו והשאר יחזור להשוכר לכן אינו עומדת ברשות של ישראל כלל לכן אין צריך להטביל אף מספק · לפ"ז יתחזק הקושיא של נכד הגאון בעל ישועות יעקב הנדפס בחלק ח"מ בסימן קנ"ו על מה דמבואר בח"מ סוף סימן קע"ה דגם בשכירות שייך דינא דבר מצרא ואם השכיר ביתו לאחד ואח"כ מכרה לו אין בן המצר יכול להוציא מינו דדמי למשכנתא דאין בו משום דינא דבר מצרא עיי"ש ועיין בסמ"ע שם ס"ק קע"ז מהא דאיתא בפ"ב דע"ז דף ע"ה בהך דרב אשי דמשכן ליה עובד כוכבים כסא דכספא ואטבלה להשתמש בו דקאמר שם מר בריה דלא ידע או משום דס"ל משכנתא כזביני או משום דחזא דדעתיה דעובד כוכבים לשקועה בידיה ואילו בשכירות כלים דעובד כוכבים קיי"ל דלכו"ע אין צריכין טבילה חזינן דמשכנתא חשוב יותר כזביני משכירות וא"כ מאי ראיה מהך דמשכנתא אין בו משום דינא דבר מצרא לשכירות וזהו דבר שראוי שיתעורר עליו כאשר ע"ש · ולפי מה שכתבתי הטעם דמשכנתא צריך טבילה מספק וגבי כלים השכורים אין צריכין טבילה ואף מספק כמבואר לעיל קשה טפי האיך למדו דבשכירות אין בו משום דינא דבר מצרא מהך דמשכנתא דהא יש לחלק ביניהם דגבי משכנתא אם יתרמי איזה אונס כעין גניבה הא דקרקע אין בו דין שמירה מ"מ פטור הלוה מלשלם · דהא כתבו התוס' בשבועות (דף מ"ד) ד"ה שומר אבידה וכו' הא דאמרינן בפ"ק דפסחים (דף ה') גבי חמץ כיון דאילו מיגנב או מיתבד ברשותייהו קאי כדידהו דמי היינו מיגנב או מיתבד באונס דאי לא מחייב באונסין אפילו מחייב באחריות גניבה ואבידה אין זקוק לבער דאי לאו הכי ישראל שהלוה לא"י על חמצו יאסר בהנאה בלא דר"י ורבנן נמי אמאי פליגי שהרי חייב באחריות גניבה ואבידה מדשמואל דקיי"ל כוותיה עכ"ל התוס' · ומדברי התוס' אלו למד הבעל נתיבות המשפט בסימן ע"ב ס"ק י"ג דאם משכן בית ונשרף הבית בשטיפה או באונס שהוא כעין גניבה אבד מעותיו עיי"ש שהאריך קצת · ולפ"ז במשכנתא דקרקע עומד ברשות המלוה שאם נשתטפה הקרקע כעין אונס גניבה אבד המלוה מעותיו לכן אין במשכנתא משום דינא דבר מצרא · מה שאין כן בשכירות דאם נשרף הבית בשכר אף אם נתן כבר דמי השכירות מחשבין מה שנשתמש שם ומחזיר השאר (עיין בח"מ בסימן ש"ב סעיף י"ז) לפ"ז אינו עומד ברשות השוכר כלל · והיכי אמרינן דבשכירות אין בו משום דינא דבר מצרא כמו דאמרינן גבי משכנתא דאין בו משום דינא דבר מצרא · ועוד קשה לי על זה מה שלמדו שכירות ממשכנתא דקשיא לן על הא דאיתא בכתובות (דף נ"ט ע"א) דפריך הגמרא שם על הא דאמר ר' יוחנן בן נורי דאם אמרה קונם שאני עושה לפיך דיפר שמא יגרשנה ותהא אסורה להחזיר מי איכא מידי דאילו השתא לא קדיש ולקמיה קדיש כו' ופריך לרב ששת בריה דרב אידי על הך תירוצא שאמרינן בגמרא שם על הך קושיא ומשני הא לא דמיא אלא לאומר לחבירו שדה זו שמשכנתי לך לעשר שנים לכשאפדנה ממך תקדש דקשה מתקיף לה רב אשי מי דמי התם לעשר שנים מיהא בידו לפדותה הכא אין בידה לגרש עצמה לעולם עכ"ל הגמרא · וקשיא לן על זה מהא דאיתא בפסחים (דף ל' ע"ב) איתמר בעל חוב אביי אמר למפרע הוא גובה ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה כל היכא דאקדיש לוה וזבין לוה כולי עלמא לא פליגי דאתי מלוה וטריף ואתי מלוה ופריק דתנן וכו' כי פליגי דזבין מלוה וקדיש מלוה אביי אמר למפרע הוא גובה כיון דמטא זמנו ולא פרעיה אגלאי מילתא למפרע דמעיקרא ברשותו הוה קאי ושפיר אקדיש ושפיר זבין ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה כיון דאילו הוה ליה זוזי הוה מסלק ליה בזוזי אשתכח דהשתא קא קני עכ"ל הגמרא · ומהגמרא הזה קשיא לן על הך דכתובות הנ"ל דמשמע מכתובות דאם אמר לחבירו שדה זו שמשכנתי לך לעשר שנים לכשאפדנה ממך תקדש קדשה משמע דווקא דאינו חל ההקדש על השדה המשכנת רק כשפדה אותה וחזרה לרשות הלוה אבל בתוך ימי המשכנתא אינו חל ההקדש (עיי"ש בתוספות ד"ה שדה) ובפסחים אמרינן לאביי דאמר למפרע הוא גובה דיכול להקדיש המלוה אף בתוך זמן הלואה · ואין יכולין לתרץ כמו שתירצו התוספות בכתובות הנ"ל על הקושיא שהקשו שם מערכין (דף כ"ח) וי"ל דהכא שיש לשוכר אינו יכול להקדיש אלא הוא והקדש שותפין בו וימכר הבית ויקח זה דמי שכירות הבית והמותר להקדש · אבל הכא איירי שמקדיש כל השדה אף מה שאינו יכול להקדיש עכשיו · ולפ"ז הכי לא קשיא ג"כ מהך דפסחים דהתם איירי מקדיש רק מה שמשועבד עבור חובו לכן חל ההקדש אף בתוך זמן הלואה אבל הך דכתובות דשם רוצה להקדיש מה שמשועבד לבעל המשכון · לכן אינו חל ההקדש תוך ימי המשכנתא · דזה אינו מחמת שני טעמים חדא דהא אביי סובר שיעבודא לאו דאורייתא כדכתבו התוספות בגיטין (דף ל') ד"ה כיון דדינא מדאורייתא שעבדות והביאו דברי ישועות שם · ואף ברש"י כתב שמיירי שמשעבד לו בפירוש ונוכל לומר אף למ"ד שיעבודא

לאו

לאו דאורייתא מ"מ אם שיעבדם בפירוש מודה הוא דמשועבד נכסיו מן התורה כדכתב הרשב"א בגיטין שם (ועיין בש"ך ברים סימן ל"ט ס"ק ב') מ"מ מדברי התוספות דגיטין (דף כ') הנ"ל מוכח דאפילו היכא שכתב אחריות מפורש בשטר אפילו הכי שייך פלוגתא אי שיעבודא דאורייתא או לא דהא התם מיירי שכתב בו שבח אפילו הכי כתבו דלאביי שיעבודא לאו דאורייתא וכן כתבו התוספות להדיא סוף פרק גט פשוט הביאם הפנ"י · ומה שהקשה הפנ"י שם דאי אמרינן דאביי סובר למפרע הוא גובה מ"מ סובר דשיעבודא דרבנן א"כ מה מקשה הש"ס סוף פרק גט פשוט דרבה אדרבה דאמר גבי בכור גבוי קרקע יש לו פי שנים אלמא שיעבודא דאורייתא וכפירש הרשב"ם ז"ל שם · דכיון שיש לו פי שנים אלמא דהוה ליה כמאן דאחזיקו בחיי דאבוהון ומאי קושיא דלמא אף למאי דסבר רבה שיעבודא לאו דאורייתא אלא מדרבנן אפילו הכי מצי סבר דה"ל כמאן דאחזיקו בחיי דאבוהון דלמפרע גובה · אלא ע"כ דמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא לא מצי סבר למפרע גובה דנהי דמ"ד מכאן ולהבא גובה אין הכרח אי סבר שיעבודא דאורייתא או לא דמדאורייתא נמי יש לומר דמכאן ולהבא גובה דהכי הוא לקושטא דמלתא · אבל מ"ד למפרע הוא גובה ע"כ שיעבודא דאורייתא וא"כ אביי דאמר למפרע גובה ע"כ סבר דשיעבודא דאורייתא · ונלפענ"ד להרך דהא כתב באו"ת סימן ק"ז סוף ס"ק ב' וז"ל והא דכגבוי דמי אין ענין לראוי דהגע עצמך לב"ש וכי בכור נוטל ממלוה · אלא ע"כ דהך כגבוי דמי וראוי תרי מילתא הן · ולפי דבריו כל שכן לאביי אע"ג דסובר דלמפרע הוא גובה מ"מ לית ליה דב"ש סובר דכגבוי דמי כדכתבו התוספות בכתובות (דף פ"א) ד"ה והמעיין וכו' ואע"ג דאביי לית ליה דכגבוי דמי כדמשמע בחולין (דף ל"ח) דפריך לרבא מההיא דנפל הבית עליו ועל אביו בכתובה מודה דכגבוי דמי משום תיגא כדאמר התם עכ"ל · בודאי לדידיה אע"ג דלמפרע גובה מ"מ ה"ל ראוי ואין הבכור נוטל פי שנים · לכן מקשה הש"ס בפרק גט פשוט שפיר מדרבה אדרבה דליכא לשנויי דסובר כאביי דלמפרע הוא גובה כדהקשה הפנ"י בגיטין שם · ובר מן דין נלפענ"ד שלא ראה הפנ"י את דברי שיטה מקובלת בב"ק (דף קכ"ד ע"ב) על הא דאמרינן שם בגמרא אמר רבה גבוי קרקע יש לו פירוש דבכור נוטל פי שנים דחשבינן שהיה אביהן מוחזק בהקרקע · גבוי מעות אין לו וכו' אמר ליה אביי לרבה לדידך קשיא כו' וכתב על זה השיטה מקובלת בד"ה אמר ליה אביי וכו' וניחא לן בהכי דהיינו מאי דמקשה דהוה ס"ד דאביי דאע"ג דאית ליה לרבה שיעבודא לאו דאורייתא ס"ל דקרקע מוחזקת כיון דמ"מ בעל חוב למפרע הוא גובה דהכי אית ליה לאביי בפרק כל שעה ולהך הקשה ליה מה שאמר מעות כו' קרקע נמי לאו הוי קרקע כו' עכ"ל · הרי חזינן בהדיא שהשיטה מקובלת כתב כמו שהקשה הפנ"י בגיטין רק לבסוף מסיק אע"ג דאמרינן למפרע הוא גובה מ"מ הוה ראוי עיי"ש שהאריך בטוב טעם · ומשום הכי מקשה בסוף פ' גט פשוט שפיר דרבה אדרבה · ולפ"ז דברי התוס' בגיטין מיושבין שפיר דאביי סובר שיעבודא לאו דאורייתא · ומשום זה לא נוכל לומר דטעמא דאביי הוא משום כיון דמשעבד לו יכול המלוה להקדיש דהא סובר שיעבודא לאו דאורייתא · וכ"ת המאי אם הקדיש הלוה אתי מלוה וטריף כדאמרינן בגמרא שם וכיון דשיעבודא לאו דאורייתא אף דמדרבנן משעבד האיך הפקיעו חכמים שיולית ההקדש נהוגין · וצריכין לומר לכאורה כמ"ש הפנ"י שם בגיטין דכיון שתקנו חכמים שיעבוד נכסים א"כ אוקמוה ברשות המלוה וממילא אין יכול להקדיש דה"ל כמקדיש דבר שאינו שלו והביא ראיה לזה ממתניתין דמייתי התם בפרק כל שעה דמוסיף עוד דינר ופודה את הנכסים ומדלא מקשינן מהאי מתניתין עליה דמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא אלמא דאיהו נמי מודה דאין יכול להקדיש · אך בזה הסברא לפענ"ד נחלקו בה הראשונים היינו רבינו ירוחם והר"ן וגם המגא מחלוקת בזה ברש"י ובתוספות ולא רציתי להאריך בזה כי לפי דעתי המה כתובים הרבה בתשובות אחרונים אך אציין מקום אחד (עיין בב"ב בא"ע בסימן כ"ח ס"ק ל"ה) · ולפענ"ד נראה דאף למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא מ"מ אין הלוה יכול להקדיש מהטעם כיון דמדרבנן משועבדים הנכסים האף שלא מיקרי הנכסים של המלוה כיון דשיעבודא לאו דאורייתא מ"מ מקרי אינו ברשותו של הלוה כיון דמדרבנן הם משועבדים להמלוה וכדאמר ר"י בכמה דוכתי בש"ס מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו ובזה הסברא ניחא אליבא דכו"ע וכל הפוסקים מודים ליה · וכיון שכן לא נוכל לומר דמטעם זה יכול המלוה להקדיש כיון דמדרבנן הם משועבדים לו · דבזה הסברא לא אתיא רק לקצת פוסקים · אבל לשיטת הפוסקים דסוברים כיון דמדאורייתא אינו קניא לו לא מיקרי שלו מן התורה אמאי יכול להקדיש · ודוחק לומר דהקדש הוא מדרבנן · וביותר לפי מה שכתבו התוס' בב"ב (דף ע"ו ע"ב) ד"ה קנה וכו' והא דלא תקנו רבנן שיוכל להקדישן כמו שתקנו שיכול להקנותן לפי שאין הקדש כל כך נוהג עכ"ל · ולפי דבריהם בודאי לא נוכל לומר דמה שיכול להקדיש הוא רק מדרבנן דהא רבנן לא תקנו שיכול להקדישן מה שאינו יכול להקדיש מן התורה כמ"ש התוס' הטעם · וכ"ת כיון דתקינו רבנן מכבר שיהיה משועבדים נכסי הלוה להמלוה מפני תיקון העולם כדי שלא תנעל דלת בפני לוין ממילא יכול להקדישן · לפענ"ד לא נוכל לומר זאת הסברא · דהא גם התם גבי מכירות שטרות ג"כ נוכל לומר כן כיון שתקנו רבנן שיכול להקנותן מפני תיקון העולם · לכן כיון דתקינו שיהיה נתפס בשטרות שום קנין דהוה כמו שמוכר דבר אחר ה"נ ממילא יכול להקדישן ואעפ"כ כתבו התוספות שם דעל זה לא תקנו רבנן שיכול להקדיש · ה"נ כאן לפי שסובר אביי דשיעבודא דרבנן ג"כ אינו יכול להקדיש אף מדרבנן :

שנית דהא אביי אמר הטעם דלמפרע הוא גובה כיון דמטא זמניה ולא פרעיה איגלאי מלתא למפרע דמעיקרא ברשותו הוה קאי ושפיר אקדיש ושפיר זבין הרי חזינן דטעמא הוא מחמת דאיגלאי מילתא למפרע · וכיון שכן אמאי אמרינן בכתובות (דף נ"ט) הנ"ל דאינו יכול להקדיש שדה המושכנת בתוך ימי המשכנתא דדוקא אם אמר לחבירו שדה זו שמשכנתי לך נעשה שנים לכשאפדנה ממך הקדש דקדשה דמשמע מזה דדוקא אם אמר לו לכשאפדנה ממך אז תהיה הקדש אבל קודם לכן לא · וגם יש הוכחה יותר מזה דהא הגמרא מייתי ראיה דמלינו אף דהשתא לא קדים ולקמיה קדים מהך שמעתתא דאמר לחבירו שדה זו שמושכנת לך וכו' ואי אמרינן דגם בתוך ימי המשכנתא יכול להקדיש לא מוכח מזה מידי מה שהיה רוצה להוכיח · ולפ"ז קשה אמאי לא יוכל להקדיש אף בתוך ימי המשכנתא דהא כיון דלאחר ימי המשכנתא יפדה אותו איגלאי מילתא למפרע דשלו היתה כמו דאמרינן בפסחים הנ"ל דיכול להקדיש המלוה אף בתוך זמן הלואה מטעם זה · וכל שכן הוא מסתבר דמה התם שמפולה לא היתה השדה של המלוה אפי"ה אמרינן דשלו היתה למפרע · מכל שכן הכא דהשדה היתה של הלוה מכבר אמאי לא אמרינן דכשנפדה איגלאי מילתא למפרע דברשותו הוא אף בתוך ימי המשכנתא ויכול להקדיש אף קודם שכלתה משך המשכנתא · ואפילו לרבא דלית ליה בפ' כל שעה הך סברא דאיגלאי מילתא למפרע ג"כ קשה דהא אמר רבא הטעם כיון דאילו הוה ליה זוזי הוה מסלק ליה בזוזי אמתנת דהשתא קא קני וזה הסברא שייך רק התם בפרק כל שעה אבל הכא בכתובות גבי משכנתא אם בא הלוה לפדותה מחויב המלוה להחזיר המשכנתא בע"כ · לפ"ז גם לרבא קשה אמאי לא אמרינן בכתובות גבי משכנתא איגלאי מילתא למפרע ויכול להקדיש אף תוך ימי המשכנתא :

וכדי להרץ זאת אמרתי דבשלמא בפרק כל שעה אמרינן איגלאי מילתא למפרע ויכול המלוה להקדיש אף תוך זמן הלואה דהתם אין צריך המלוה ליתן מעות ואדרבה הלוה צריך ליתן המעות להמלוה נמצא דאינו יכול להיות של הלוה רק על ידי מעשה גדולה שיתן מעות וגם אולי יהיה מעות ללוה לכן כיון דמחסרה תמונה להיות של הלוה ואזל המלוה

שיהיה

ביה ברשותו לא מהדרה ממונא לכן אמרינן איגלאי מילתא למפרע ויכול להקדיש אף תוך הזמן הלואה · אבל הכא בכתובות גבי משכנתא אין יכול הלוה להקדיש בתוך ימי המשכנתא ולא אמרינן איגלאי מלתא למפרע כשפדה דהא מהדרה ממונא ואולי לא יהיה לו מעות לכן אינו ברשותו רק כשפדה אותו ואז יכול להקדיש אבל לא קודם · וקצת מעין סברא זו כתובה בר"ן פרק כל שעה גם על ענין אחר · ובהכי ניחא מה דקשיא לן עוד על הך דכתובות מהך דפרק כל שעה דבכתובות אמרינן מתקיף לה רב אשי מי דמי התם לאחר עשר שנים בידו לפדותה הכא אין בידה לגרש את עצמה לעולם · ולכאורה קשה לפ"ז אמאי אמרינן בפסחים שם לאביי דיכול המלוה להקדיש דהא אין בידו של המלוה כלל שיהיה שלו דאם הלוה ישלם ע"כ לא יהיה השדה משועבדת לו · ואף בתוך הזמן אם הלוה רוצה לשלם בע"כ מחויב לקבל הפרעון (עיין בח"מ סימן ע"ד סעיף ב') · לכן לית ליה להמלוה קיומא אף שעה אחת שיהיה שלו · דגם על השיעבוד אין לו קיומא אף שעה אחת שיהיה משועבד לו ואמאי יכול להקדיש לפי סברת רב אשי דמה שהלוה יכול להקדיש היינו משום דלאחר עשר שנים יכול לפדותה אבל היכא דאין בידו לעולם אינו יכול להקדיש · אך לפי דברינו הקודמים ניחא גם זה דשאלמא התם בפרק כל שעה לא יש מניעה להמלוה שיהיה שלו מחמת דמהדרה ממונא דאדרבה דאינו יכול להיות ברשות הלוה מחמת דמהדרא ממונא כדכתבתי לכן אף שאין להמלוה שום קיומא שיהיה משועבד לו אף שעה אחת אעפ"כ יכול להקדיש אף בתוך הזמן כיון דלא מהדרא ממונא מה שאין כן במשכנתא דכתובות הנ"ל דהתם אין הלוה יכול להקדיש אם אין בידו לפדותה לאחר עשר שנים כיון דמהדרא ממונא כנ"ל :

פרח יא אות ב

ולפי דברינו אלו ג"כ ניחא מה שהקשה רבינו בעל דברי המשפט בסימן רי"א ס"ק ג' על הך דכתובות מדאמרינן בב"ב (דף קל"ו) אם כתב נכסיו לבנו מהיום ולאחר מיתה והיינו הגוף הוא לבן מהיום ופירות לאחר מיתה אם מכר הבן בחיי אביו אין ללוקח כלום עד דימות האב · אבל לאחר מיתת האב זכה לוקח אמאי אמרינן בכתובות מי דמי התם בידו לפדותה אחר עשר שנים הכא אין בידה לגרש עצמה לעולם וכן מבואר בנדרים (דף פ"ז) מי דמי התם אית ליה קיומא הכא לית ליה קיומא ומבואר בהר"ן והרא"ש שם בשדה אית קנינא בידו לפדותה אחר עשר שנים אבל באשה אין בידה לגרש עצמה לעולם ע"ש · א"כ אם כתב האב נכסים לבנו מהיום ולאחר מיתה הגוף הוא לבן מהיום ופירות אחר מיתת האב אמאי אמרינן אם מכר בן בחיי אב אין ללוקח כלום עד דימות האב אבל אחר מיתת האב קנה לוקח ואמאי הוא דומה להקדישה אשה למעשה ידיה דאין ההקדש חל אחר גירושין רק מטעם דקונמות מפקיע מידי שיעבוד אבל בלאו הכי אין ההקדש חל אחר הגירושין ואינו דומה לאם אמר שדה זו דמשכנתי לך לעשר שנים לכשאפדה ממך תקדש דקדשה היינו כיון דבידו לפדותה אחר עשר שנים אבל אשה אין בידה לגרש עצמה לעולם כמבואר בכתובות (דף נ"ט) ובנדרים (דף פ"ז) הנ"ל א"כ בכותב נכסיו לבנו מהיום ולאחר מיתה אף דגוף הקרקע הוא לבן מ"מ כיון דפירות הם לאביו בחיי אביו ולית קנינא ואין ביד בן להוציא פירות מאביו א"כ אחר מיתת אב אמאי זכה לוקח הא דומה לאם הקדישה מעשה ידיה כיון דלא הקדיש גוף הידים רק הידים למעשה ידיה ומע"י משועבד לבעל אין ההקדש חל אחר הגירושין כיון דהקדישה קודם גירושין ואין בידו להפקיע מע"י מבעל דהא אין בידה לגרש עצמה לעולם · א"כ בן דמכר בחיי אביו נמי אין ביד הבן להוציא פירות מאביו בחיי אביו ואמאי מכירה חל אחר מיתת אביו · ולפי דברינו הקודמים מתורץ הקושיא הזה דהתם גבי בן לגביה אין מניעה דמהדרא ממונא דאם מת האב מגולא שייך הגוף והפירות לבן משעה שכתב וגם דרך העולם שהאב מת קודם הבן דאם ימות הבן קודם האב הוא מחמת פורעניות כדאמרינן בב"ב בריש פרק יש נוחלין לכן כיון דמת האב איגלאי מילתא למפרע דבשעה שכתב הוא של הבן כיון דליכא שום מניעה לגביה · ומשום זה אם מכר הבן וא"כ מת האב בחיי הבן קנה הלוקח אף דלית ליה קיומא כיון דלא מהדרה ממונא · מה שאין כן גבי משכנתא בכתובות הנ"ל אם לא היה להלוה קיומא אינו יכול להקדיש כיון דמהדרה ממונא · ומה שכתב הבעל דברי המשפט שם לתרץ דלפי דברי השיטה מקובצת בכתובות שם בשם הרשב"א דכא לדמות אם הקדישה מעשה ידיה דלא הקדישה גוף הידים רק ידים למעשה ידיה וקודם גירושין הידים הם משועבדים לבעל וכא לדמות לאמר שדה זו דמשכנתי לך לעשר שנים לכשאפדנה ממך תקדש דקדשה דמקדיש שדה לפירות ואם מקדיש השתא לפירות אין ההקדש חל דהא השדה משועבד למלוה לפירות ואפ"ה אם אמר לכשאפדנה חל ההקדש עיי"ש והא הגמרא דלא דמי מעשה ידיה דמשכנתא אית לה קיומא משום הכי יכול להקדיש אבל מעשה ידיה דאין בה קיומא אינו יכול להקדיש · אבל אם כתב נכסים לבנו מהיום ולאחר מיתה ומכר הבן בחיי אביו כיון דיש לבן גוף הקרקע מהיום ומוכר הבן גוף הקרקע ללוקח רק הפירות אינו יכול למכור דהא בחיי אביו הפירות הם לאביו · אבל כיון דבן יכול למכור גוף הקרקע ללוקח דהא אף בחיי אביו גוף הקרקע הוא לבן וא"כ ממילא אחר מיתת אביו אף הפירות הוא ללוקח כיון דכבר קנה לוקח הקרקע אף בחיי אביו ואחר מיתת אביו דאין לאביו הפירות ממילא הפירות הם שלו כיון דלוקח קנה כבר הקרקע אף בחיי אביו תירוצו אינו מובן לי כלל · דהא מוכח מדברי התוספות דכתובות ד"ה שדה ומדברי הר"ן שם ומדברי הרא"ש דב"ק בפרק חמישי סימן ו' דבמשכנתא מקדיש גוף הקרקע ולפי דבריהם יתחזק יותר הקושיא שלו על הסוגיא דכתובות מהך דב"ב הנ"ל :

ולפי דברינו יהיה ניחא דברי המבי"ט שהביא הש"ך בח"מ סימן שי"ב ס"ק ג' דהבית המושכר לאחד יכול המשכיר להשכיר הבית לאחר דהשכירות יחול אחר דיכלה זמן שכירות של הראשון · והביא ראיה לדבריו מהך דב"ב הנ"ל דכמו שקנה הלוקח אם מת האב בחיי הבן אף שמכר אותו בחיי האב ובעת ההיא שייך הפירות להאב ולכל הפחות לא גרע משוכר אפילו הכי קנה הלוקח · כן הדין גבי שוכר דיכול בעל הקרקע להשכירה לאחר דיחול השכירות אחר דיכלה זמן שכירות הראשון ולא ראיתי בדברי המבי"ט רק בדברי המשפט שם · והנה הבעל דברי המשפט את ראיות המבי"ט לפי מה דהוכיח מתה דקשיא על הך דכתובות מב"ב הנ"ל ולפי תירוצו אין ראיה מהך דב"ב · דהתם כיון דגוף הקרקע הוא לבן תיכף אף בחיי האב א"כ זכה לוקח גוף הקרקע מהיום א"כ ממילא אחר מיתת אב הפירות הוא ללוקח דפירות הם מקרקע שלו · אבל בית המושכר ורוצה להשכירה לאחר קרקע לפירות אבל לא מכר גוף הקרקע מנלן למימר דאין יכול להשכיר קרקע לפירות לאחר בתוך זמן שכירות של ראשון דהא דבר שלא בא לעולם הוא כיון דהשכיר תוך זמן שכירות דהראשון וקרקע משועבד לפירות לשוכר ראשון עיי"ש שהאריך · ולפי דברי ראיות המבי"ט נכונה היא · דהא לפי דברי התוספות והרא"ש והר"ן הנ"ל וגם שארי הראשונים שהקשו מהך דערכין כמבואר בתוספות כתובות ד"ה שדה מדבריהם מוכח דבמשכנתא מקדיש גוף השדה ואפילו הכי מדמה הגמרא דכמו דיכול אדם להקדיש השדה המשכן לאחר לעשר שנים שלאחר שיפדה תקדש דקדשה · ה"נ אם קידשה האשה מעשה ידיה אף דאינו יכולה להקדיש ביחול ההקדש כשעודה תחת יד בעלה מ"מ חל ההקדש לאחר שתתגרש · הא לא דמי כלל לפי סברת הבעל דברי המשפט דבשלמא גבי משכנתא יכול להקדיש כיון דמקדיש גוף הקרקע שהוא שייך לו רק הפירות אינו יכול להקדיש דקניא השדה לפירות להמלוה · לכן אחר שכלה ימי המשכנתא ממילא אף הפירות הוה הקדש כיון דכבר חל ההקדש על גוף הקרקע אף בתוך ימי המשכנתא ממילא כשכלה זמן המשכנתא חל ההקדש על הפירות כיון דהפירות הם לקרקע שהקדיש · ומה

ידיה

מדמה הגמרא הדדי אלא ע"כ דאין חילוק בין אם מקדיש גוף
הקרקע בין אם מקדיש רק הפירות בלבד :

אך לכאורה מוכח סברתו מהך דכותב מהיום ולאחר מיתה
הנ"ל דהא טעמא דבעינן לכתוב מהיום ולאחר מיתה
דאי לא כתב ליה מהיום אמתנה דלא קני ליה אלא לאחר
מיתה ולאחר מיתה הא לית ליה מידי כי היכי דליקנו אחריני
אלא נכסי דיורשין נינהו · וכיון דכתב ליה מהיום אמתנה
דגופא אקני ליה מהיום · ולכאורה אם לא נאמר כסברת הדברי
המשפט הנ"ל אמאי לאחר מיתת האב שייך הפירות לבנו
שכתב לו המתנה דהא בחיי האב הפירות שייכין לאב אמתנה
דלא קנה להבן הפירות רק לאחר מיתת האב · אבל לפי סברת
הדברי המשפט יהיה ניחא דכיון דכבר קנויה לבן גוף הקרקע
אף בחיי אביו ממילא לאחר מיתת האב פקע זכותו של האב
שהיה בפירות דכיון דהפירות גדלים הם בקרקע שלו ואינו
צריך שום קניה להפירות רק ממילא זכה הבן בהפירות לאחר
מיתת האב · נמצא לפ"ז מוכח כסברת בעל דברי המשפט
ויפה הקושיא אמאי מדמה הגמרא הך דמשכנתא למעשה
ידיה דמשכנתא מקדיש גוף הקרקע לפי דברי התוספות והרא"ש
והר"ן ובאר מפרשים לכן חל ההקדש אף על הפירות לאחר
שכלתה זמן המשכנתא מה שאין כן במעשה ידיה כקושיא הנ"ל ·
אך נ"ל דאין מוכח סברת רבינו בעל דברי המשפט מהך דכותב
מהיום ולאחר מיתה הנ"ל והדרבה מוכח מדברי הרד"י מג"ש
בחידושיו לב"ב (דף קל"ו) ד"ה איתמר וכו' שכתב דמאי דאמר
ר' יוחנן שם קנין הפירות כקנין הגוף דמי דלאו למקני ממש
הוא דהא אי בעי לזבוני לגוף לא מצי מזבוני אלא לענין הפירות
בלחוד הוא דאקני ליה הגוף דכמה דאית ליה קנין בפירות
אית ליה קנין בגוף לענין פירות ולא מקני ממש וכיון שכן אי
מיית ליה בן בחיי האב לית ליה ללוקח ולא מידי דבעידנא
דזבניה מיניה אכתי לא נתרוקן הגוף לבן משום דברבותו
דאב הוה ואי מיית בחיי הבן אסתלק ליה ממילא ההוא זכותא
דהוה ליה להאב בגוף · וקם ליה ברבותו דבן מעידנא דכתבי
ניהליה האב ואיגלאי מילתא דמהשתא בעתא הוה נכסיה ומשום
הכי קני לוקח עכ"ל · וכי היכי דכתב הרד"י מיג"ש לר' יוחנן
למדין מדבריו לר"ל דס"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי
ג"כ אם כתב מהיום ולאחר מיתה נכלל במהיום שהגוף של
הקרקע והפירות קונים מהיום רק שייר לעצמו זכות שבחייו
יהיה הפירות מן השדה שייכים לו ובשימות איגלאי מילתא
למפרע שקנוי ליה הפירות משעת כתיבת המתנה ואין צריך
שום קניה מחדש שיקנה הבן הפירות רק סילוקי זכות בעלמא
להפירות בשימות האב · מה שאין כן גבי משכנתא דכל ימי
המשכנתא מכורה להמלוה לפירות כדאיתא בב"מ (דף ס"ז
ע"ב) האי משכנתא וכו' ובאתרא דלא מסלקי בעל חוב גובה
הימנו ובכור נוטל בו פי שנים ואין שביעית משמטתה ופירש"י
על זה בד"ה בע"ח וכו' דמכר הוא אצלו והיינו טעמא דכולהו ·
ולפ"ז מדמה הגמרא מעשה ידיה דיכולה להקדישה ויהיה חל
ההקדש לאחר שתהיה מגורשת · אע"ג דבשעודה תחת בעלה
אינו חל ההקדש · כמו דמצינו במשכנתא דיכול הלוה להקדיש
לכשיפדנה אע"ג דאינו יכול להקדיש תוך ימי המשכנתא מ"מ
קדשה לאחר שכלתה זמן המשכנתא · דלא נוכל לחלק דגבי
משכנתא יכול להקדיש שיהיה חל לאחר כלות זמן המשכנתא
דכיון דהם מקדיש גוף השדה ג"כ לפי פירש התוספות והרא"ש
והר"ן ובאר מפרשים מהראשונים והבאתים לעיל וגוף השדה
הוא של הלוה בתוך ימי המשכנתא לכן חל ההקדש אף על
הפירות לאחר ימי המשכנתא · דאינו צריך המלוה להקנות
הפירות להלוה מחדש רק ממילא מסולק זכותו כשכלה ימי
המשכנתא כיון דגוף הקרקע אף בתוך ימי המשכנתא ג"כ
של הלוה וזה דומה לכותב נכסיו לבנו מהיום ולאחר מיתה
וכו' לכן חל ההקדש ג"כ על הפירות לאחר כלות ימי המשכנתא
אם הקדיש הלוה כיון דאין צריך שום קניה להפירות שיהיה
שלו לאחר כלות ימי המשכנתא · מה שאין כן גבי מעשה ידיה
דשם לא שייך זאת הסברא דהא לא קדשה גוף הידים רק
מעשה ידיה לכן כיון דהשתא לא קדיש לא חל ההקדש גם
לאחר שתתגרש · דזה החילוק לא נוכל לחלק ביניהם דהא גם
גבי משכנתא הרי הוא כמכורה להמלוה על משך המשכנתא ·
ולפ"ז לא נוכל לומר דהוה סילוק זכות בעלמא מן הפירות
וממילא הם שייכים להלוה לכן ג"כ יכול להקדיש הפירות כיון
שחל ההקדש על גוף השדה ממילא חל ההקדש על הפירות
לאחר כלות המשכנתא · דכיון דהוה כמכורה אצל המלוה וצריך
להלוה מחדש בכסף פדיונו הינו נגררות הפירות אחר גוף
השדה · דדוקא בכותב נכסיו לבנו וכו' דשם הוה סילוק בעלמא
לכן נגררו הפירות אחר גוף השדה אם קנה גוף השדה קנה
גם הפירות · לכן גבי משכנתא אין כ"מ אם מקדיש גוף השדה
או לא כיון דצריך קנין מחדש אף דמחויב להחזיר המלוה
להלוה בע"כ · ולא מצינו קנין בע"כ וכתבתי מזה הפרט בפרחים
הקודמים · כנלפענ"ד דהוא דומה למתנה על מנת להחזיר · בגם
שם צריך המקבל מתנה להקנות מחדש בעת שמחזירה להנותן
כדכתב הרא"ש פ"ג דסוכה בסימן כ"ט והוכיח מדאמרינן בסוכה
(דף מ"ז) לא לקני איניש לולבא לינוקא ביומא טבא קמא
דינוקא מקני קני אקנויי לא מקני ואם אינו צריך לחזור לו
במתנה נכסי דקטן לאו בר אקנויי הוא ליקני ליה עד שילא
בו ולחזור לו ממילא · אלא ודאי צריך לחזור וליתנו לו במתנה
וקטן לאו בר אקנויי הוא עכ"ל הרא"ש שם · וגם התם צריך
להקנות המקבל מתנה בע"כ להנותן · וטעמא דמילתא הוא
משום דאדעתא דהכי נותן לו שיקנה מחדש ויחזירהו לו ואם
לא יחזירהו באופן זה הוא שואל שלא מדעת כדכתב הרא"ש
שם בזה הסימן על ענין אחר על הך דמתנה על מנת להחזיר ·
וז"ל הכי קבל עליו להחזירו ואם לא החזירו המתנה בטלה
והכי השואל לא הוי מיהו כנפקד ושולח יד בפקדון שלא ברשות
הוי גזלן ואף על פי שברשות ירד הוא ביטל אותו רשות בשלא
קיים תנאו ועשה את עצמו גזלן למפרע (ועיין בשו"ע או"ח
בסימן תרנ"ח בסעיף ד' בהמחבר ובסעיף ה' ברמ"א ובסעיף
ו' במגן אברהם ס"ק ו' וח') · וה"נ גבי משכנתא אף דצריך
קנין מחדש לאחר כלות המשכנתא בעת שמחזירה להלוה מ"מ
הוא מחויב להקנות מחדש בע"כ · דעל אופן זה הקנה לו הלוה
להמלוה המשכנתא ואם לא יקנה לו לאחר כלות ימי המשכנתא
בדמי פדיונו הרי הוא המלוה כיורד שלא ברשות ונעשה גזלן
למפרע ואגלאי מילתא למפרע במעולם לא היתה שלו :

וכיון דבררתי דהמשכנתא הרי היא כמכורה אצל המלוה
ובעת שמחזירה היא נקנית להלוה בכסף פדיונה לכן
לא נוכל לומר דלאחר כלות ימי המשכנתא הוא רק סילוק
זכות בעלמא מהפירות · ומבו"ה ניחא הך דפסחים פרק כל
שעה הנ"ל דאמר אביי שם דלמפרע הוא גובה כיון דלא מהדרה
ממונא שהיה של המלוה ולגבי הלוה מחסרא ממונא שיהיה
שלו לכן אמרינן דלמפרע הוא גובה דאגלאי מילתא למפרע
שהיתה שלו · ואע"ג דלית ליה קילותא שום זמן שיהיה בגיבור
של המלוה דאף בתוך הזמן אם רצה הלוה לשלם לו חובו מחויב
לקבלן · אבל גבי משכנתא מחסרה ממונא שיהיה של הלוה
לכן בעינן שיכול לפדותה לאחר עשר שנים אז יכול להקדיש
וכתבתי לעיל מזה באריכות קצת עיי"ש לכן מדמה הגמרא
אהדדי דכמו דאדם יכול להקדיש משכנתא לכשיפדנה אע"ג
דאינו חל ההקדש בתוך ימי המשכנתא · כמו כן יכולה להקדיש
מעשה ידיה לאחר שתתגרש · ולא נוכל לחלק דהתם מקדיש גם
גוף השדה לכן חל ההקדש על הפירות ודמיא לכותב נכסיו
לבנו מהיום ולאחר מיתה וכו' מה שאין כן גבי מעשה ידיה
דהתם לא קדשה גוף הידים · דכיון דהוה כמכורה אצל המלוה
מחמת דצריך ליתן הלוה להמלוה בעת שמחזירה דמי פדיונה
ואפילו הכי חל ההקדש על הפירות לאחר שיפדנה ה"נ יכולה
להקדישה מעשה ידיה לאחר שתתגרש וזה הסברא באגו.
מחלקין בין משכנתא לכך דכותב נכסיו לבנו וכו' · דשם לא
הוי אלא סילוק זכות פירות בעלמא כיון דלא מחסרה ממונא
נפקא"כ במשכנתא דהוי כמכורה כיון דמחסרא ממונא · כעין
סברא זו כתובה ברא"ש בכתובות פרק מי שהיה נשוי בסימן
ו' וז"ל מכאן היה נראה לרבינו תם הא דאמר בפרק יב
נוהגין

נוחלין (דף קנ"ו) (ובפ"ק דב"מ דף ע"ו) מה שאירע מהשא מכור לך לא עשה ולא כלום היינו כשאמר בשעת השאלה אבל אם אמר שדה זו שאירע מכור לך קנה אפילו למאן דאמר אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דכיון שהירושה עתידה לפול לפניו מאליו וגם בירר המכר לא הביאו כולי האי דבר שלא בא לעולם ועיין בתוספות שם (דף נ"א ע"ב) ד"ה דזבניה · לכן גבי כותב נכסיו לבנו וכו' אם מכר הבן בחיי האב ומת האב קנה הלוקח כיון דמאליו הוא נקנה להבן במיתת האב · מה שאין כן גבי משכנתא כיון דצריך ליתן דמי פדיונה צריך להקנותה מחדש להלוה והוה כדבר שלא בא לעולם לגבי הלוה · ואעפ"כ יכול להקדישו לכשיפדנה ה"נ גבי מעשה ידיה יכולה להקדישה · אך לאחר העיון נראה לי דגבי משכנתא אינו צריך המלוה להקנות אותה להלוה מחדש דהא כתב הרמ"א בחו"מ סימן רמ"א בסעיף ב' ויש אומרים אפילו היה לו שטר או משכון עליו אפילו הכי מחילתו מחילה בדברים בעלמא · ואם במשכון דמטלטלים מהני מחילה כל שכן במשכון דקרקע משני אם מחל המלוה להלוה והקרקע המושכנת חוזרת ללוה ואינו צריך שום קנין ואף דבקצות החושן שם הביא בשם הריטב"א שארי פוסקים שחולקים על היש אומרים הנ"ל ופוסק שם דאינו יכול להוציא מן המלוה המוחזק במשכון · מ"מ היינו דוקא אם היה המלוה על המשכון דמטלטלים אבל אם היה המלוה על המשכון דמקרקע מהני מחילה וכו"ע מודים בזה דהא משכון דקרקע לא קנה המלוה מדרבי יצחק כדכתבו התוספות בב"מ (דף ס"ז) ד"ה ובפועות וכו' ועוד שארי ראשונים עיין בגיטין (דף ל"ז ע"א) ברש"י ד"ה שאני משכון וכו' וכיון דלא קנה המלוה המשכון דמקרקעי בודאי מהני מחילה · וכן כתוב בהדיא בחידושי הר"ן בגיטין שם ד"ה שאני וכו' · אבל משכנתא באתרא דלא מסלקי אע"ג דאינה נשמטת כדאיתא התם בפרק איזהו נשך משמע דאם מחלה מהני דמשכון קרקע אינו קנוי · וכן כתוב בשיטה מקובצת דב"מ (דף ס"ז) בשם הרמב"ן והריטב"א אף דהריטב"א סובר דמחילה לא מהני במשכון דמטלטלים כדכתבתי לעיל · וכיון דמהני מחילה במשכון דמקרקעי בודאי אין צריך קנייה מחדש כשיכלה זמן ימי המשכנתא דהא במחילה לא עשה הלוה שום קנין ואפילו הכי חוזרת לו · אך זאת נלפענ"ד ברור דמשכון דמקרקעי באתרא דלא מסלקי יש להמלוה קנין בגוף המשכנתא כדפסק הגמרא בב"מ שם והלכתא צריך למקני מיניה ועיין בשיטה מקובצת שם דכתב בהדיא לכמה שיטות הראשונים דהמלוה יש לו קנין בגוף המשכנתא ובודאי הוא ג"כ שיטת רש"י והתוספות שם למעיין באמת · והלעת הדברים הוא כך דכל זמן שהלוה חייב להמלוה יש להמלוה קנין בגוף המשכון אף דמקרקעי וכשפקע חוב הן על ידי פרעון והן על ידי מחילה פקע הקנין של המלוה במה שיש לו בהמשכון · ולפי השיטה של הרב רבינו פרץ שהובא בשיטה מקובצת שם נוכל לומר תיכף כשיכלה ימי המשכנתא אף שלא פרע מ"מ כלתה קנייתו של המלוה מה שיש לו בהמשכון עיי"ש כי קצרתי · וכיון דיש להמלוה קנין בגוף המשכנתא דמקרקעי לכן הוה כמו שהוא של המלוה ואין יכול להקדישה שיחול ההקדש כעת · ואפילו הכי יכול להקדיש שיחול ההקדש לאחר שיכלה ימי המשכנתא · לכן מדמה רב שישא בנ"כ יכולה להקדישה מעשה ידיה שיחול ההקדש לאחר הגירושין :

ובר מן דין נראה לי לפי מה שכתב היש של שלמה בב"ק בפרק המניח בסימן ל"ג וז"ל וכתב הסמ"ג בשם ריב"א דמשום דמשכון דומה להקדיש שכרו דאינו יכול להקדיש דהוי כמו שאינו של משכיר כלל כדאיתא בירושלמי בפ' מקום שנהגו המשכיר בית לחבירו וכו' וכן מסקנת התוס' בפרק השותפין וסוף פרק האומר משקלו וכן דעת הרא"ש והרשב"א בנדרים שם לכן מדמה רב שישא מקדיש מעשה ידיה כמו שיכול להקדיש בתוך ימי המשכנתא שיחול ההקדש כשיכלה ימי המשכנתא אף דבתוך ימי המשכנתא לא הוה של הלוה כלל כדכתב הריב"א ושארי מפרשים · ואפילו הכי יכול להקדיש הכי נמי יכולה להקדיש מעשה ידיה שיחול ההקדש אחר הגירושין · ולפי דברינו אלו אינו מובן לי הדין שהוציא הבעל דברי המשפט מתוך תירוצו על הקושיא שהקשה על הך סוגיא דכתובות הנ"ל מנ"ב הנ"ל שכתב שם · ולפ"ז הא דקיי"ל אם כתב נכסיו לבנו מהיום ולאחר מיתה אם מכר הבן בחיי האב אין ללוקח כלום עד דימות האב אבל אחר מיתת האב קנה לוקח · היינו דוקא אם הבן מכר ללוקח גוף הקרקע אבל אם לא מכר הבן ללוקח רק הקרקע לפירות אף אחר מיתת האב לא קניא לוקח הפירות דדומה דאם הקדיש ידיה למעשה ידיה דהקדש אינו חל אחר הגירושין אלא משום דקונמות מפקיע מידי שיעבוד אבל בלאו הכי אין ההקדש חל אחר הגירושין דהא דבר שלא בא לעולם הוא ואינו דומה להאומר שדה דמשכנתי לעשר שנים לכשאפדנה תקדש דקדשה · דהתם בידו לפדותה לאחר עשר שנים אבל הכא אין בידה לגרש עצמה לעולם · א"כ אף במכר בן בחיי אב כיון דלא מכר גוף הקרקע רק לפירות ופירות הם לאב בחיי האב א"כ אם מכר הבן הקרקע ואמר דמכירה לפירות יחול אחר מיתת האב אינה מכירה · דהא מכר דבר שלא בא לעולם כיון דאין בידו להוציא הפירות מהאב בחייו · אלו דבריו · ואינו מובן לי · דהא הוכחתי מפרק כל שעה הנ"ל דטעמא דאביי דאמר למפרע הוא גובה מחמת דאגלאי מילתא למפרע בהשדה הוא של המלוה לכן יכול המלוה להקדיש אף בתוך זמן הלואה האף דשם אין לו קיצותא להמלוה שיהיה אפילו שעה אחת שלו דגם בתוך הזמן יכול הלוה לשלם חובו ומה שמשועבד לו מחמת זה אינו יכול להקדיש דהא אביי סובר שיעבודא לאו דאורייתא כדכתבתי בשם תוספות גיטין הנ"ל וגם דשיעבוד אינו מיקרי קנין שיהיה נחשב כשלו מחמת זה ואפילו הכי אמרינן דאגלאי מילתא למפרע ויכול להקדיש המלוה אף בתוך זמן הלואה · והתם גבי גוף השדה אינם יכולים לומר זאת הסברא דהוא רק סילוק זכות הלוה בעלמא דהא מכבר היתה של הלוה ומעולם לא קנה המלוה את השדה ואין להגוף השדה שום קנין שיהא נגררת אחריה שיהיה של המלוה במתנת זה נאמר דהוה סילוק זכות בעלמא להלוה מן השדה · ואפילו הכי אמרינן שיכול המלוה להקדיש אף בתוך זמן הלואה · וכתבתי לעיל מילתא בטעמא כיון דלא מחסרה ממונא לגבי המלוה שיהיה שלו · לכן אמרינן דלמפרע הוא גובה דאגלאי מילתא למפרע שהיה של המלוה מעת הלואה · ולפ"ז כל שכן גבי כותב נכסיו לבנו דמכר הבן רק הפירות בעלמא אף שהפירות המה שייכים לאב בעודו בחי' מ"מ אם מת האב בחיי הבן קנה הלוקח הפירות כדהוכחתי לעיל מדברי הרר"י מיג"ש ז"ל דקניא להבן הפירות מעת כתיבת המתנה רק שייר לעצמו זכות הפירות כל ימי חייו וכשמת ממילא נסתלק זכותו של אב ושייכין הפירות לבן דהא לא כן איך קניא להבן הפירות לאחר מיתת האב דהא לאחר מיתה אינו יכול להקנות האב להבן כלום · ומשום הכי צריך לכתוב הבעל מתנה מהיום ולאחר מיתה וכו' · ולפ"ז כשמת האב אגלאי מילתא למפרע דמעת כתיבת המתנה היה קנוי הפירות ועיין לעיל בדברינו · משום הכי אם מכר הבן בחיי האב הפירות בלבד ומת האב בחיי הבן קנה הלוקח הפירות ואינו דומה לשדה זו שמשכנתי לך וכו' דאינו יכול להקדיש רק אם אית ליה קיצותא דשם כיון דאינו יוצאת מאליו להלוה רק אם יתן דמי פדיונה אז חוזרת לו וגם צריך להקנותה המלוה מחדש בשעה שמחזירה (עיין לעיל כל הדברים שביארתי היטיב) לכן דוקא היכא דאית ליה קיצותא יכול להקדיש · וגם אינו דומה להקדישה מעשה ידיה דקדשה רק משום דקונמות מפקיע מידי שיעבוד דהתם כיון דאין מעשה ידיה יכול להיות שלה רק אם תתגרש ומתגרשת מעשה גדולה כזאת משום זה הוה דבר שלא בא לעולם לכן אם לא היה שם הטעם דקונמות מפקיע מידי שיעבוד אינה יכולה להקדיש · מה שאין כן גבי כותב נכסיו לבנו דשם נקרא אינו מחוסר מעשה האף דאינו יכול להיות שיהיה שייך הפירות לבן רק לאחר מיתת האב וזאת מבואר במשנה דקדושין פ"ג דמקדש האשה לאחר שתמות אחותה מיקרי דבר שלא בא לעולם · מ"מ לא מיקרי לגבי פירות דבר שלא בא לעולם כיון דגוף

הדבר

הדבר שקנה לו במתנה מהיום הן הגוף והן הפירות רק אלא תנאי שמשייר לעצמו זכות הפירות בעודו בחיים ומיקרי זאת שמתנה על דבר שלא בא לעולם · וזאת מבואר בכמה דוכתי בש"ס שיכול להתנות התנאי בדבר שלא בא לעולם אם יקיים וצריך שיתקיים הדבר שלבל"ע ואז נקנה (כמו דאיתא בפ"ק דיומא דף י"ג הרי זה גיטך על מנת שתמותי על מנת שתמות חברתך. ובפ"ז דגיטין (דף ע"ב ע"א) אם מתו וכו' אם לא באתי וכו' ושם (דף ע"ז ע"א) ובפ"ג דב"מ באומר לכשתגנוב ותרצה לפלוני וכו' ובפ"ג דעירובין (דף ל"ז ע"ב) אם ירדו גשמים היום כו' ובקדושין (דף ס"ג ע"ב) שאדבר לשלטון ועל מנת שאעשה עמך כו' וכן מבואר זה הדין בח"מ בסימן ר"ט סעיף ח' ברמ"א ועיי"ש בביאורי הגר"א ס"ק ל' שהביא המקומות הנ"ל) · ולפ"ז ה"נ גבי פירות מה שזוכה הבן הפירות לאחר מיתת האב מיקרי אינו מחוסר מעשה כיון דגוף הפירות קנוי לו במה שאמר מהיום רק הותנו שכל ימי חייו הפירות הם שייכין לו ובשמת האב ממילא נסתלק זכותו · לכן קנה הלוקח את הפירות אם מת האב בחיי הבן דהרי זה דומה לכך דפ' כל שעה הנ"ל דיכול המלוה להקדיש אף בתוך זמן הלואה אף דגם שם אינו קילותא משום כיון דאין מחוסר מעשה לכן יכול להקדיש (ומה שפירש רבינו בעל דברי המשפט את הטור לפי תירוצו ודינו הנ"ל יכולין לפרש דברי הטור כדברי הבעל נתיבות המשפט שם ומה שהקשה על פירושו מתורץ על פי דברי עיי"ש) ודו"ק:

ולפי דברינו אלו אינו מובן הא דלמדו הפוסקים והרא"ש בכללם דבשכירות אין בו משום דינא דבר מצרא כמו דאמרינן במשכנתא דאין בו משום דינא דבר מצרא דנוכל לחלק ביניהם דבשלמא גבי משכנתא אי באתרא דלא מסלקי הוי כמכורה אצלו כדמוכח מב"מ (דף ס"ז) ומכתובות (דף נ"ט) הנ"ל · לכן נוכל לומר דהא דאמרינן בגמרא דמשכנתא אין בו משום דינא דבר מצרא מיירי באתרא דלא מסלקי ולפי הנראה מדברי הגמרא דלעיל מזה מיירי ג"כ בהכי · אבל משכנתא באתרא דמסלקי יש בו משום דינא דבר מצרא אף גבי משכנתא · וכ"ת היאך נוכל לומר דבמשכנתא באתרא דמסלקי יש בו משום דינא דבר מצרא אמאי רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דמנו החילוקים שיש במשכנתא בין אתרא דמסלקי ובין אתרא דלא מסלקי אמאי לא חשבו דגם בדיני דבר מצרא יש חילוק ביניהם · משום הא לא אריא דהא גם לענין דין ריבית יש חילוק ביניהם ואפ"ה לא קחשיב וכיון דנוכל לומר דהא דאמרינן (בדף ס"ח) דבמשכנתא אין בו משום דינא דבר מצרא מיירי באתרא דלא מסלקי אין ללמוד מזה לשכירות האף שהפוסקים שאמרו דשכירות אין בו משום דינא דבר מצרא משום דשכירות ליומי ממכר הוא · מ"מ לא דמי הך מכירה למכירה דמשכנתא · דמכירה דמשכנתא אינו יוצאת לבעליו בלא מעות ולהכי כיון דמהדרא ממונא הוי כמכורה וצריך קנין מחדש כדהוכחתי מכתובות הנ"ל · מה שאין כן גבי שכירות אף דשכירות ליומי ממכר הוא מ"מ לא הוי מכורה לגמרי · דהא חוזרת לבעליו בלא מעות ואינו צריך שום קנין כשיכלה השכירות · ואף אם מיירי הא דאמרו דמשכנתא אין בו משום דינא דבר מצרא באתרא דמסלקי מ"מ לא נוכל ללמוד גבי שכירות מזה דהא כתבתי לעיל בשם רבינו בעל נתיבות המשפט בסימן ע"ב דגם במשכון קרקע אי מתרמי האונס כעין גניבה פטור הלוה מלשלם להפוסקים שפסקו כשמואל · והרא"ש פוסק כשמואל (עיין בטור בריש סימן ע"ב וברא"ש בגיטין פ' השולח סימן י"ז) וגבי שכירות בתים אם נשרף הבית מחויב המשכיר לחזור אם קיבל כל דמי השכירות כפי המגיע להעת שלא נשתמש השוכר (עיין בח"מ סימן שי"ב סעיף י"ז) וזה נובע מהמשנה דב"מ (דף ע"ח) ומגמרא שם (דף ע"ט) · ולכאורה צריכין להבין לפי שיטת הרא"ש דשוכר השכירות אין בו משום דינא דבר מצרא ושכירות ליומי ממכר הוא אמאי צריך להחזיר המשכיר דמי השכירות אם נשרף הבית הא יכול לומר נסתחפה שדיך כיון דהוי כמכורה וכמו דשוכר הרא"ש גבי משכנתא לפי מאי דפסק כשמואל · ולא נוכל לומר הא דמחזיר המשכיר השכירות משום דישנו לשכירות מתחילה ועד סוף משום הכי אינו צריך השוכר לשלם השכירות מעת שנשרף הבית · דהא כתבו התוספות בב"מ (דף ע"ט ע"ב) ד"ה אי אתה וכו' וא"ת דמ"מ אם נתן כל השכירות אמאי לא יטול השוכר שכר. דהאי הדרך שלא הלך וכי בשביל שמשכיר מוחזק ירויח ועוד דשכירות אינו משתלמת אלא לבסוף ולמה יפסיד השוכר שכר חצי הדרך שלא הלך · וי"ל כיון שנתן לו שכרו נתרצה שיהיה שלו לאלתר אע"ג דאינו משתלמת אלא לבסוף לדעת כן נותנו שיהיה שלו לאלתר אם לא ישאר בו עכ"ל · א"כ בודאי לא נוכל לומר הא דצריך להחזיר המשכיר השכירות מעת שנשרף הבית מטעם דישנו לשכירות מתחלה ועד סוף · דהא כתבו התוספות כיון שנתן לו השוכר תיכף נתרצה שיהיה שלו לאלתר אע"ג דאינו משתלמת אלא לבסוף · ולפ"ז צריכין להבין אמאי מחויב המשכיר להחזיר השכירות כיון דלהפוסקים דס"ל דשכירות ליומי ממכר הוא סוברים ג"כ זה הדין דהא הרא"ש ג"כ כתב דיחזיר לו שכרו המגיע עד סוף זמנו עיין בסוף פרק השואל שכתב כן בהדיא והרא"ש ס"ל דשכירות ליומי ממכר הוא (עיין בסוף סימן קע"ה בטור ובשו"ע ברמ"א) דמשום הכי אין בשכירות משום דינא דבר מצרא משום דשכירות ליומי ממכר הוא עיי"ש · וכיון שכן לכאורה קשה אמאי צריך להחזיר השכירות הא יכול המשכיר לומר נסתחפה שדיך כיון דשכירות ליומי ממכר הוא · וצריכין לומר דהא דשכירות ליומי ממכר הוא מ"מ לא הוי לגמרי כמכורה להשוכר כיון דחוזרת מאליה להמשכיר בלא דמים · לכן אם נשרף הבית צריך המשכיר להחזיר דמי השכירות · מה שאין כן גבי משכנתא אף באתרא דמסלקי יש קנין להמלוה עפי ממה שיש להשוכר לכן אי מתרמי אונס כעין גניבה פטור הלוה מלשלם דהא הפוסקים שפסקו כשמואל מיירי במשכנתא דמסלקי כמבואר למבין ודו"ק · ולפ"ז אף אי אמרינן דהא דמשכנתא אין בו משום דינא דבר מצרא מיירי אף באתרא דמסלקי מ"מ לא נוכל ללמוד שכירות מזה דגבי משכנתא יש להמלוה קנין יותר ממה שיש להשוכר קנין בדבר המושכר אף דאמרינן שכירות ליומי ממכר כדכתבתי:

ובדרך פילפול אמרתי שלא נוכל ללמוד דשכירות אין בו משום דינא דבר מצרא ממשכנתא לפי מה שכתוב בתשובות המבי"ט והובא בש"ך בסימן שי"ב ס"ק ג' דיכול להשכירה לאחר תוך הזמן שהשכיר מקודם לאחר לכשיכלה הזמן השכירות עיי"ש · מה שאין כן גבי משכנתא נוכל לומר דלא יכול להשכיר לאחר תוך ימי המשכנתא לפי מה דמחלק הר"ן בפרק כל שעה בהך סוגיא דהלוה נכרי לישראל על חמצו בין דבר דמהדרא ממונא ובין דבר דלא מהדרא ממונא ולפי דעת הריב"א ושארי פוסקים שהבאתי לעיל · ולפ"ז האף דגבי שכירות יכול להשכיר תוך הזמן · היינו משום דלא מהדרא ממון דכשיכלה זמן השכירות יוצאת מאליה להמשכיר · וגם הראיות שהביא התשובות מבי"ט לזה ג"כ התם לא מהדרא ממונא מה שאין כן גבי משכנתא כיון דמהדרי ממונא אינו יכול להשכיר לאחר תוך ימי המשכנתא · וכ"ת הא אמרינן בכתובות (דף נ"ט ע"ב) שדה זו שמשכנתי לך לעשר שנים לכשאפדנה ממך תקדש דקדשה · ולפ"ז הדין דיכול להשכיר לאחר כל זמן השכירות כיון דיכול להקדיש מחמת. דהא תוך ימי המשכנתא הוא של הלוה · נוכל לומר דלא מוכח מהא מידי · דלכאורה צריכין להבין מאי דאמרינן שם בע"א מי איכא מידי דאילו השתא לא קדיש ולקמיה קדיש אמר ר' אילעא אלמנה לא וכו' עכ"ל הגמרא הא מבואר בכמה דוכתי בש"ס דאין אדם יכול להקדיש דבר שלא בא לעולם למאן דסובר אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם והכי קיי"ל · והאיך אמר ר' אילעא אלמנה לא עיי"ש בגמרא דמשמע אפילו למאן דס"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם · לכן נ"ל דהא רב הונא בריה דרב יהושע אמר מקודם שמיירי באומרת שהקדשי ידי לעושיהם וגלל בתוך דבריה שמקדישה כל מה שעושה

שעושה · ולפ"ז ניחא דהא הר"ן הוכיח דאפילו לרב הונא דאמר יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניזונת ואיני עושה דוקא במעשה ידיה אבל בשאר המלאכות השנויות במשנתינו כגון טוחנות ואופה ומבשלה לא כל הימנה להפקיע זכותו של בעל דאי לא תימא הכי הרי בידה לפדות את עצמה שתאמר איני נזונת ואיני עושה ואמאי אמרינן מהמת דאשה אין בידה לגרש את עצמה אינה יכולה להקדיש מעשה ידיה אלא כדכתבינא זה הוכן דבריו שם · ולפ"ז ניחא מאי דאמר ר' עילאי אלמה לא כיון דמיירי באומרת תקדשו ידי לעושיהן לכן על מעשה ידיה שיכולה להפקיע שלא יהיה שייך לבעלה על ידי מה שיכולה לומר לבעלה איני ניזונת ואיני עושה בודאי חל ההקדש מהשתא ומשום זה חל ההקדש גם על מעשה ידיה שאינה יכולה להפקיע את עצמה מיד בעלה דאמרינן מגו שחל ההקדש על זה חל ג"כ על זה · לפי שיטת הפוסקים שהביא המרדכי ריש פרק מי שמת דאם הקנה מטלטלים ומעות או מעות וקרקע ביחד אף שאינו מועיל ק"ס לגבי מעות מ"מ נקנה המעות דאמרינן מיגו כמו שחל הק"ס על דבר המועיל ג"כ חל על דבר שאינו מועיל · ואף לפי דעת החולקים במרדכי שם דלא אמרינן מיגו וסובא דבריהם בחו"מ סימן ר"ג · מ"מ כ"ל דהכא מודו כו"ע דאמרינן מיגו משום דהשני הדברים אחת הנה · כגון דאם הקדיש המשכנתא בתוך ימי המשכנתא גוף השדה והפירות כיון דהפירות יוצאים מן השדה חל ההקדש גם על הפירות לכשיפדנה אף דבתוך ימי המשכנתא אינו יכול להקדיש הפירות מ"מ כיון דיכול להקדיש גוף השדה מהשתא · אף דכתבתי לעיל דיש להמלוה קניה בגוף השדה בתוך ימי המשכנתא · מ"מ נשאר ג"כ להלוה קניה בגוף השדה והוי כמו שותפים · וכעין סברא זו מוזכרת בכמה מקומות ואחד מהם בכתובות שם בתוספות ד"ה שדה זו שמשכנתי לך וכו' לכן יכול להקדיש חלקו ועיין שם בתוספות · וגם לא דמי למש"כ בפרח ד' דהיכא דאין הקניינים חלין בב"א·לא אמרינן מיגו דנקנה דבר המועיל עם שאינו מועיל כמובן · וא"כ י"ל כמו שחל ההקדש על גוף השדה מהשתא חל ג"כ על הפירות לכשיפדנה לכו"ע דכיון דשני הדברים אחת הנה דהפירות יוצאים מן השדה· וכעין סברא זו כתב הרשב"א הובא דבריו בישועות יעקב בחו"מ סימן קע"ו בסעיף א' ד"ה ככר וכו' · וכן נמי אם הקדישה מעשה ידיה נוכל לומר דאמרינן מיגו לכו"ע כמו דאמרינן גבי משכנתא דשם ג"כ שני הדברים אחת הנה · דהא מעשה ידיה בשאר הדברים והמלאכות השנויות במשנתינו כגון טוחנות ואופת ומבשלת המה נעשים על ידי גוף אחת ובפרט למאי דמשני הגמרא יקדשו ידי לעושיהם ולכן כיון דחל ההקדש על מעשה ידיה שיכולה להפקיע את עצמה ע"י שתאמר איני ניזונת ואיני עושה יכולה נמי להקדיש המלאכות השנויות במשנתינו כגון טוחנת וכו' האף דאין יכולה להפקיע א"ע מזה דאמרינן מיגו · ועיין בבית שמואל בסימן פ"א ס"ק ו' שגם לפי דבריו יהיה דברינו כמ"ש לשיטת הר"ן · ועל מה דמדמה הגמרא מתקיף לה רב אשי מי דמי התם לעבד שנים מיהו בידו לפדותה הכא אין בידה לגרש עצמה לעולם · פירוש כעין מה שכתב הסמ"ע בסימן ר"ג ס"ק י"ט דאף להדעה שפסק בהקנה מעות ומטלטלים בק"ס דקנה גם המעות היינו דוקא במעות דכן בעולם ושייך בהו קנין דהגבהה ומשיכה משום הכי נמי אמרינן דחל נמי עליו הקנין דק"ס במיגו דחל על המטלטלין מה שאין כן בדבר שלא בא לעולם דלא שייך בו שום קנין לא אמרינן מיגו דחל על הדבר הבא לעולם חל נמי על דבר שלא בא לעולם עיי"ש · ולפ"ז לא דמי אם הקדישה מעשה ידיה להך דאמר להבירו שדה זו וכו' דבשלמא גבי משכנתא אמרינן מיגו כיון דלאחר עשר שנים בידו לפדותה נמצא עכ"פ דיכול להקדיש כשיפדה אותה לאחר עשר שנים וכיון שיש איזה אופן שיכול להקדיש הפירות לבד לכן יכול להקדיש אף בתוך ימי המשכנתא לכשיפדנה מחמת דאמרינן מיגו דחל ההקדש על גופו של קרקע דשלו הוא חל נמי ההקדש גם על הפירות לכשיפדנה אע"ג דהשתא הפירות אינו שלו מה שאין כן גבי מעשה ידיה לא אמרינן מיגו דחל ההקדש על מעשה ידיה שיכולה להפקיע א"ע מרשות בעלה חל נמי על מעשה ידיה שאינה יכולה להפקיע דהא אין בידה לגרש א"ע · ולפ"ז לא יש שום אופן שיכולה להקדיש המעשה ידיה מה שיכולה להפקיע מבעלה לבדה לכן לא אמרינן מיגו · ולפ"ז אינו מוכח מהגמרא דיכול להשכיר לאחר תוך ימי המשכנתא לכשיפדנה דאף דאמרינן שם דיכול להקדיש לכשיפדנה היינו דוקא התם מחמת דאמרינן מיגו כדכתבתי · לכן מצד הסברא אינו יכול להשכיר דהא גבי שכירות הולך המבי"ט להביא ראיה דיכול להשכיר מהך דכותב נכסיו לבנו ושם הוזרת מאליה להמשכיר בלי שום דמים · מה שאין כן גבי משכנתא דאינו חוזרת להלוה רק עד שיתן הדמים מה שהלוה עליו לכן אינו יכול להשכיר תוך ימי המשכנתא לכשיפדנה כדמחלק הר"ן פרק כל שעה ולשארי פוסקים שהבאתי לעיל: אף דכתבתי שיש ג"כ להלוה בתוך ימי המשכנתא בגוף השדה · מ"מ כיון דקנוי ג"כ להמלוה השדה המושכנת לפירותיה כמו שהוכחתי לעיל מב"מ (דף ס"ז) אינו יכול הלוה להשכיר שבית המושכנת כיון דאינה משכירה רק לפירות ולפירות היא קנויה כל ימי המשכנתא להמלוה· (וכעין סברא זו מוזכרת בהרא"ש בב"ק פרק חמשי בסימן יו"ד ועיין בש"ך ביו"ד סימן רכ"א ס"ק מ"ג שגם הוא פוסק כדברי הרא"ש) · ולפ"ז לכאורה קשה האיך למדו הפוסקים דשכירות אין בו משום דינא דבר מצרא ממשכנתא · דבשלמא במשכנתא כיון דאינו יכול להשכיר לאחר תוך ימי המשכנתא מחמת דעומדת ברשות המלוה לכן אין בו משום דינא דבר מצרא: אבל גבי שכירות דיכול להשכיר לאחר תוך ימי השכירות מחמת דאינו עומדת ברשות השוכר לכן נוכל לומר דיש בו משום דינא דבר מצרא :

דין היוצא מן פרח הזה :

א דין שאם כתב לבנו מהיום ולאחר מיתה ומכר הבן רק לפירות ואח"כ מת האב בחיי הבן קנה הלוקח האף שלא קנה רק לפירות בלבד · דלא כדברי המשפט בסימן רי"א :

פרח יב

אך במשנה למלך פ"ד מהלכות איסות הלכה ז' מבואר שלא כדברינו בפרח הקודם שכתבנו דאין הלוה יכול להשכיר תוך ימי המשכנתא דהביא על מה שנסתפק בקטן שקידש ואמר הרי את מקודשת לי לאחר שאגדל או גדול שאמר לקטנה הרי את מקודשת לי לאחר שתגדלי מהו מי אמרינן כיון דבשעת הקדושין היו קטנים לא מהני ולא מידי או דילמא כיון דבשעת חלות הקדושין הם גדולים חלי הקדושין · ומהא דאמרינן בפ"ג דקדושין (דף ס"ג) האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאתגייר לאחר שאשתחרר לאחר שתשתחררי לאחר שימות בעליך לאחר שתמות אחותך לאחר שיחלוץ לך יבמך אינה מקודשת משום דהוי דבר שלא בא לעולם אין משם ראיה לנדון דידן דשאני התם שהוא מחוסר מעשה דהיינו גרות או גט שחרור או שימות בעלה או אחותה · ומשום הכי לא מהני · אבל הכא דאינו מחוסר מעשה כי אם זמן וזמן ממילא קא אתי אפשר דלא הוי דבר שלא בא לעולם והביא ראיה דחלו הקדושין מהא דאמרינן בפ"ב דכתובות (דף נ"ט) האומר להבירו שדה זו שמשכנתי לך לעשר שנים לכשאפדנה ממך תקדש דקדשה ואמרינן דטעמא דמתניתין הוא משום דבידו לפדותה לאחר עשר שנים כמ"ש רבינו בסוף הלכות ערכין וע"ש · ונראה דהדברים קל והומר בנידן דידן ומה התם דמחוסר מעשה דהיינו הפדיון מ"מ כיון שבידו לפדותה מהני אף שעכשיו אין בידו לפדותה מ"מ כיון שהמניעה הוא משום הזמן דממילא קא אתי לא חשיב מחוסר מעשה כל שכן הכא דאינו מחוסר שום מעשה אלא זמן דפשיטא דחלו הקדושין · הרי מוכח מדבריו דמה שצריך הלוה ליתן דמי פדיונו לא מיקרי מחוסר מעשה כ"כ ודומה למחוסר זמן דלא כמו שכתבתי דלהם נאמר כדברי דמשום הכי חל ההקדש לכשיפדנה דאמרינן מיגו דחל ההקדש על גוף הקרקע חל נמי ההקדש על הפירות כיון דיש איזה אופן שיכול להקדיש הפירות לבד היינו לאחר שיפדה יקדיש

לפירות אמרינן מיגו אין ראיה לקטן שקידש מהך סוגיא דכתובות הנ"ל · ואף להחולקים בסימן ר"ג סעיף י' ברמ"א דלא אמרינן מיגו · גם כן לפי דברינו אין ראיה מהך דכתובות להך דינא דקטן שקידש דנוכל לומר דבזה כו"ע מודים דאמרינן מיגו כיון דהפירות הם גדלים מהקרקע שקידש כיון דחל ההקדש על גוף הקרקע חל נמי על הפירות שיגדלו מן הקרקע · ומדהביא המשנה למלך ראיה מהך דכתובות לדין קטן שקידש הרי חזינן דעתו שזה אין מיקרי חסרון מעשה כל כך מה שצריכין לפדותה כמו החסרון המעשה דגירושין · דהתם מקרי מחמת זה דבר שלא בא לעולם ודמיא טפי למחוסר זמן · ויכולין להביא ראיה לדברינו מהך סוגיא דפסחים (דף ל"ו ע"ב) דיוצאין במצה של מעשר שני אף שבעינן שיהיה במצות היתר האכילה בכל מושבות דכיון דאם נטמא פודין אותה אפילו בירושלים וכיוצא בזה איתא שם (בדף ל"ח ע"א) כי תבעי לך אליבא דר"ע בחולין הוא דנפיק דאם מטמא יש להן היתר במושבות פירש דמעשר שני של חולין יוצא ידי חובת מצה משום דאם נטמא מצי פריק ליה כדר"א · אלמא דמה שצריך ליתן מעות לא מקרי מחוסר מעשה דאם לא כן למה יוצאין במצה של מעשר שני מחמת הואיל אי בעי פריק לה · הא איתא בפסחים (דף ס"ב ע"א) בשלמא דרבה אדרבה לא קשיא הכא מחוסר מעשה התם לא מחוסר מעשה פירש דדוקא היכא דלא מחוסר מעשה אית ליה לרבה הואיל ומדאמרינן הואיל אי בעי פריק ליה מוכח דמה שצריך ליתן מעות לא מיקרי מחוסר מעשה · ועיין ברש"י שם (בדף מ"ח ע"א) ד"ה אבל וכו' דמדמה שם רש"י בהדיא הך הואיל אי בעי מיתשיל עלה להך הואיל אי בעי פריק לה · הרי מוכח דהואיל אי בעי פריק לא הוי מחוסר מעשה ועיין בתוספות שם (דף מ"ו) ד"ה הואיל דלתירוץ הראשון של תוספות שם ג"כ מוכח כזאת · לכן נראה דיכול להשכירן בתוך ימי המשכנתא דלא מיקרי דבר שלא בא לעולם כיון דבידו לפדותה כשיגיע הזמן והזמן ממילא קא אתי כמ"ש המשנה למלך דקטן יכול לקדש שיחולו הקדושין לכשיגדל מחמת דהזמן ממילא קא אתי ולא מיקרי דבר שלא בא לעולם :

ומה שמבואר במשנה למלך שם שהך דין שקטן שקידש במחלוקת שנו בין רש"י והתוספות בפ"ג דיבמות (דף ל"ד) ההיא דאמרינן התם אמר ר' עמרם אמר רב בשופעת מתוך שלשה עשר לאחר שלשה עשר לחיובו אינהו · מתוך שנים עשר לאחר שנים עשר לחיובי אינהו ע"כ והמתבאר מדברי רש"י שם הוא דבעודם קטנים הזכרים והנקבות קדשו ואמרו שיחלו הקדושין כשיגדלו והיכא כשגדלו חלו הקדושין ואיסור נדה בבת אחת · וזה פשוט למתבונן היטיב בדברי רש"י ז"ל · אך התוספות הקשו שם על פירש"י וז"ל יקשה דלא הוי בבת אחת דנדות חל עליו תחלה שאין יכול לקדש ולא לעשות בעילה עד שיגדיל דאין מעשה קטן כלום ע"כ · הרי שכתבו בפירוש שאין יכול לקדש כשהוא קטן אף שאומר שלא יחולו הקדושין אלא לאחר שיגדיל · ולפי דבריו שם שכתב לקמן מוכח דאם עבד או שפחה שקבלו גט שחרור לזמן אם יכולים לקבל קדושין בתוך הזמן שיחלו לאחר הזמן הלא ג"כ בפלוגתת התוספות ורש"י הנ"ל עיי"ש בדבריו שכן מוכח שם בהדיא · ולפענ"ד נראה דלא דמי כלל הדדי דהא איתא בכתובות (דף י"א ע"א) אמר רב יוסף הגדילו אין יכולין למחות · ופירש"י על זה בד"ה אין יכולין למחות ולומר אי אפשינו להיו' גרים וחוזרין לסורן · ואין לנו לעונשן כב"ד ואפילו בזמן שהיה ידינו תקיפה ואם קדש אשה מבמיאתה אינה צריכה גט להיות כישראל מומר עכ"ל · ואח"כ אמרינן שם כיון שהגדילה שעה אחת ולא מיחתה שוב אינה יכולה למחות עכ"ל הגמרא והקשה הר"ן שם מדקאמר אם הגדילה יכולה למחות אלמא מחאה דקטנות לאו מחאה היא · וכיון דאמרינן דכיון שהגדילה שעה אחת שוב אינה יכולה למחות האיך אפשר לגמרא שתמחה מיד שתגדיל · יש לומר דנהי דמחאה דקטנות לאו מחאה הוא לענין שאם נתגיירת אח"כ אין מחאתה כלום אפילו הכי מהני לענין דלאחר שהגדילה אם עמדה במחאתה מהני · אי נמי דהכי אמרינן דכיון שהגדילה שעה אחת ולא מחתה שוב אינה יכולה

למחות היינו שהגדילה בדת משה ויהודית עכ"ל · ועיין בשיטה מקובצת שם · הרי מוכח מהגמרא היכא דמועיל מעשה קטנה כגון לשטבילה שתהיה ישראלית בזמן סנהדרין · מ"מ אם הגדילה יכולה למחות והמחאה הוא יהיה דוקא לאחר שהגדילה בין לתירוצא קמא של הר"ן בין לתירוצא בתרא של הר"ן · ואף לתירוצא קמא דמהני מחאה דקטנות היינו דוקא דאם לאחר שהגדילה עמדה במחאתה אז מהני · לפ"ז כל שכן גבי קטן שקידש דאין מעשה קטן כלום בקדושין אף אם קידש שיחלו הקדושין לאחר שיגדיל בודאי בעינן כשיגדיל שעה אחת ולא ימחה בהקדושין אז הקדושין חלו דבהקדושין בודאי יכולין למחות כשיגדיל · נמצא לפ"ז דלא חלו הקדושין עד שיגדיל שעה אחת ולא מיחה · דמה שלא מיחה בעוד שהיה קטן אין הקדושין חלין תיכף כשיגדיל דמחאתו לא מהני בעוד שהיה קטן לכן לא מיחה · ולפ"ז הקשו התוספות שפיר על רש"י דלא הוי בבת אחת דנדות חל עליו תיכף כשיגדיל דבעינן שיגדיל שעה אחת ולא ימחה אז יהיה חל הקדושין · ולפ"ז אף אם סוברים התוס' דקטן אין יכול לקדש שיחולו הקדושין תיכף כשיגדיל · מ"מ יכולין לסבור דעבד או שפחה שקבלו גט שחרור לזמן דיכולים לקבל קדושין בתוך הזמן שיחולו לאחר הזמן דהא מעשה העבד והשפחה מלינו לכמה דברים שמעשיהן מועיל · אך גבי שיהיו מותרין לבא בישראל בזמן הסנהדרין איסורא הוא דרביע עליהן · לכן אין יכול העבד לקדש ולא השפחה להתקדש · ומשום זה יכולין לקדש אף קודם שנשתחררה שיחולו הקדושין כשיבא הזמן שיהיה משוחרר דהא גם גבי קטן מהני אם קידש שיחולו הקדושין לאחר שיגדיל ונתרצה בהקדושין כשהגדיל דלא כדמשמע ממשנה למלך דלא מהני · גם בזה לפי דברי התוספות עיי"ש · רק תיכף כשיגדיל לא חלו הקדושין משום דאין מעשה קטן כלום · ולפי דברינו אינו מובן מה שכתב ראיה לשיטת רש"י דסובר דקדושין חלין תיכף כשיגדיל אם קדשה שיחולו הקדושין כשיגדיל מסוגיא דבכורות (דף מ"ט) דאמרינן התם הפודה את בנו בתוך ל' יום רב אמר בנו פדוי ושמואל אמר אין בנו פדוי ואמרינן דפליגי בלאחר ל' יום ונתאכלו המעות רב אמר בנו פדוי מידי דהוה אקדושי אשה לאו אע"ג דנתאכלו המעות הוי קדושין ה"נ לא שנא ושמואל אמר לך התם בידו לקדשה מעכשיו הכא אין בידו לפדותו מעכשיו · הרי חזינן אליבא דרב דאם אמר בתוך שלשים כשיבא שלשים יום יהיה בנו פדוי דמהני אע"ג בתוך ל' יום אינו יכול לפדותו ודאי ע"כ טעמא דמלתא מחמת דמחוסר זמן בעלמא והזמן ממילא קא אתי לא חשוב דבר שלא בא לעולם · ולפ"ז הדין גבי קדושי קטן חלו תיכף כשיגדיל עיי"ש בדבריו שהאריך · ולהמשנה למלך שיטת רש"י כן הוא דחלו הקדושי קטן תיכף כשהגדיל · ולפי דברינו אין ראיה כלל דהא מוכח בכתובות שהבאתי לעיל דלא חל הקדושין עד שיעבור זמן שיכול למחות מעת שהגדיל ואז אם לא מיחה בהקדושין כשהגדיל אז חלו הקדושין · גם כלפענ"ד שגם מדברי הרשב"א דאיתא בחידושיו ליבמות שם ג"כ אינו חולק על הך דינא דמחוסר זמן אינו כדבר שלא בא לעולם · אף שמה שכתבתי שמדברי התוספות ביבמות הנ"ל אין ראיה שחולק על דין זה לא נוכל לומר אלו הדברים לפי דברי הרשב"א דז"ל הרשב"א בד"ה הכי גרס רש"י ז"ל בשופעת וכו' ואיכא דקשיא להו דהא קטנים הי אפשר להן לקדש וא"כ אלו שמסרו הקדושין בקטנותן לא עשו ולא כלום ואין הקדושין חלין אף לאחר גדולתן עכ"ל · משמע מדבריו דאין קדושי קטן חלין כלל אף אחר שיעבור כפי העת שיכולין למחות לאחר שיגדיל ולא מחה אף על פי כן לא חלו הקדושין אף לאחר זמן הזה · דהא כתב אין הקדושין חלין אף לאחר גדולתן דמשמע דאין חלין כלל · ולפ"ז לכאורה מוכח דסובר דמחוסר זמן הוי כדבר שלא בא לעולם דאליבא דידיה לא נוכל לומר כדברינו כיון דס"ל דלא חלו כלל הקדושי קטן · מ"מ כלפענ"ד דגם הרשב"א אינו חולק על הך דינא דמחוסר זמן אינו חשוב כדבר שלא בא לעולם דכיון דאמרינן התם בגמרא מקודם בשלמא כולהו משכחת לה דשוינהו שליח והוי אינהו שליח ושוינהו שליח

בשליח

שאלית אלא נדות היכא משכחת לה וכו׳ עכ״ל הגמרא · וכיון דמיירי שקידשו ע״י שליח · ולפ״ז לא חלו קדושי קטן כלל אף שעבר הזמן כשהגדיל ולא מיחה כיון דמיירי דע״י שליח קידש והשליח קידש אותן כשהם קטנים דאל״כ לא חלו בבת אחת דנדות הל תיכף כשהגדיל ואיסור אשת איש ואשת אח עדיין לא הלו תיכף כשהגדיל דהא עדיין לא קדשו אותן אלא ע״כ דשליח קידש אותן כשהן קטנים א״כ לא הלו הקדושין כלל אף כשעבר העת שיכול למחות כשהגדיל ולא מחה מ״מ אינה הל הקדושין כיון דאין שליחות לקטן · ומה שכתב המשנה למלך בשם מהרי עאייטאלאק בתשובה סימן ח״י (דף ס״ו) דלפי אוקימתא דרב עמרם אמר רב פשיטא דלא אצטריך לאוקמי דשויניהו שליח ושוו איניהו שליח דדוקא בתחילה דהוה ס״ד דהמקדש והמתקדשת היו גדולים משום הכי לא הוה משכח איסור אשת איש ואיסור אשת אח ואיסור אחות אשה שיחולו בבת אחת אלא בדשויניהו שליח ושוו איניהו ופגע שליח בשליח אבל השתא דמיירי בקטנים וקטנים קודם שיגדלו לא חל עליהם שום איסור לפי שלא היו בכלל מצות א״כ מיירי שהם קדשו בעצמם ולא שקדשו בבת אחת אלא בזה אחר זה אלא שחלו חלות הקדושין כשיגדלו ונמצא שהקדושין והנדות חלין כאחת וזה פשוט · לפענ״ד נראה דאף לפי אוקימתא דרב עמרם אמר רב צריכין לומר דמיירי בדשויניהו שליח לפי שיטת רש״י בב״מ (דף ע״א ע״ב) בד״ה אדעתי דידיה דישראל וכו׳ דהא דקאמרינן שם בגמרא בשלמא סיפא לחומרא האי בשלמא קאי גם לפי המסקנא דסיפא דברייתא דאסור משום דיש שליחות לכותי להומרא ועיין בתוספות שם ד״ה כגון וכו׳ אומר ר״ת דהשתא תו לא אמרינן סיפא לחומרא כדהוה אמרינן מעיקרא אלא מיירי נמי כגון כו׳ וה״נ איכא בשלמא בסוף פ״ד אחין (דף ל״ד) דלא קאי גבי בשלמא כולהו משכחת לכו דשוו שליח ומתוך פ״ה ור״ת משמע דלעולם סיפא לחומרא עכ״ל הרי חזינן דשיטת רש״י ור״ת היכא דקאמרה הגמרא בשלמא גם לפי המסקנא קאי השלמא האף שלפי מאי דמסיק אין אנו צריכין לפרש כמו דמפרשינן בבשלמא · מ״מ כיון דקאמר הגמרא בשלמא כונת הגמרא לפי המסקנא יהיה נאמר אך בשלמא דכיון דהך הלוק אדעתיה דמקשן מקודם לתרץ מה שלכאורה קשה לו · אך עוד תקשה לו קושיא שניה אף אי אמרינן הך בשלמא ואין שום שייכות להך קושיא השניה להך בשלמא דגם בלא זה קשה ועל הקושיא השניה אף שמסיק הגמרא תירוץ אחר ובזה התירוץ יתורץ ג״כ מה שלכאורה קשה מקודם ולא מצרכינן להאי בשלמא מ״מ כיון דסליק הך בשלמא אדעתא דמקשן חזינן דתירץ מרווח הוא לכן יאמר הך בשלמא אף לפי המסקנא · דהסיפא דברייתא דב״מ גם יתפרש כהך בשלמא בדרך מרווח אך הרישא דברייתא מוקי הגמרא בדרך אחר אף שאינה מרווח כל כך כיון דלא סגי בלאו הכי · וכן בחידושי הר״ן לב״מ שם סובר ג״כ כשיטת רש״י ור״ת ומה שמביא ר״ת ראיה לדבריו דמלינו בשלמא בפ״ד אחין הנ״ל דלא קאי הך בשלמא לפי המסקנא יכולין אנו לומר לפי שיטת רש״י ודעמו דהמה סוברים דגם בפ״ד אחין קאי הך בשלמא לפי המסקנא דרישא דמתניתין שם (בדף ל״ג ע״ב) דאיתא התם שנים וכו׳ הרי אלו חייבין משום אשת איש ואם היו אחין משום אשת אח · ואם היו אחיות משום אשה אל אחותה מיירי בקידשה אחין ואחיות על ידי שליח כיון דסליק המקשה הך פירושה הרי חזינן דפירוש מרווח הוא · ולפ״ז הא דאיתא התם במשנה אם היו נדות משום נדה מיירי ג״כ שקידשה על ידי שליח כיון דקאי אדלעיל מזה ושם מוכרחין אנו לומר דמיירי בקידשן על ידי שליח ה״נ אם היו נדות מיירי ג״כ על ידי שליח אף שהם יוכל להתפרש שקידשה על ידי עצמו כיון דמיירי דהאחין היו קטנים והאחיות קטנות כמ״ש מהר״י טאייטאלאק · ולפ״ז נוכל לומר דגם הרשב״א סובר דמחוסר זמן לא הוה כדבר שלא בא לעולם ומה שהקשה לשיטת רש״י דהקדושין לא חלין כלל דמשמע מזה דאף שעבר הזמן שיכול למחות כשהגדיל ולא מיחה אפילו הכי לא חלו הקדושין · לכאורה מוכח מזה דסובר דמחוסר זמן הוי כדבר שלא בא לעולם כדכתבתי · אבל באמת לא מוכח מידי דהרשב״א הקשה לשיטת רש״י שם ביבמות וגם שיטת רש״י בב״מ הנ״ל דהיכא דקאמרינן בגמרא בשלמא קאי גם לפי המסקנא · ולפ״ז קאי הך בשלמא דאמרינן ביבמות בשלמא כולהו משכחת לה דשויניהו שליח ושוו איניהו שליח ופגע שליח בשליח קאי הך בשלמא אף לתירוצא דרב עמרם אמר רב שם · וכיון דמיירי דקידשן האחין כשהם קטנים את האחיות כשהן קטנות על ידי שליח לפי שיטת רש״י בב״מ לכן הקשה הרשב״א דהא אין שליחות לקטן ולא הלו הקדושין כלל אף כשעבר זמן שיכול למחות כשהגדיל ולא מיחה · כיון דאין שליח לקטן לכן לא חלו הקדושין · ולפי דברינו אלו יתיישב מה שהקשה המשנה למלך על התוספות דיבמות הנ״ל דהקשה על פירש״י דלא הוה בבת אחת דנדות הל עליו תחילה שאין יכול לקדש ולא לעשות שליח עד שיגדיל דאין מעשה קטן כלום דכתב המשנה למלך וז״ל הן אמת דבמ״ש ולא לעשות שליח לא ידעתי מנא להו דרש״י חולק בזה דהא לפי אוקימתא דרב עמרם אמר רב פשיטא דלא אצטריך לאוקמא דשויניהו שליח ושוו איניהו שליח כמ״ש מהר״י טאייטאלאק והבאתיו לעיל וזה תורף דברי המשנה למלך · ולפי דברינו יתיישב דברי התוספות שפיר דמה שהקשו על פירש״י דלא יכול לעשות שליח עד שיגדל דכיון דשיטת רש״י בב״מ הנ״ל דאי אמרינן בגמרא בשלמא קאי על הך בשלמא גבי מסקנא · ולפ״ז כיון דמקודם אמרינן ביבמות שם בשלמא כולהו משכחת לכו דשויניהו שליח כו׳ קאי הך בשלמא אף למאי דמסיק הגמרא אמר רב עמרם אמר רב וכו׳ דמתניתין מיירי שקדשם על ידי שליח לכן כללן התוספות בקושיתן שהקשו על פירש״י ג״כ הא אינו יכול לעשות שליח עד שיגדיל · ואי״ה לקמן אכתוב לתרץ קושיות התוספות הנ״ל אך כעת אני עסוקים לברר שאין הרשב״א חולק על הך דינא דמחוסר זמן לא הוה כדבר שלא בא לעולם ומה שמשמע מדברי הרשב״א שקדושי קטן אינם חלין כלל ניחא כפי מה שכתבנו דהרשב״א כתב כן לפי שיטת רש״י בב״מ הנ״ל כמ״ש · [וכ״ת הא גם דרישא דמתניתין מיירי באחין גדולים ואחיות גדולות · מ״מ הסיפא דמתניתין אם היה נדות וכו׳ מתפרשים שהאחין קטנים והאחיות היו קטנות כדי שלא תקשה היכי משכחת לה כדפרכינן בגמרא שם · וה״נ אף דרישא דמתניתין מיירי דהקדושין היו על ידי שליח מ״מ הסיפא יתפרשו בקידשו על ידי עצמן כדי שלא יהיה קשה קושיות הרשב״א · זאת אין סברא להרשב״א דהא סוף סוף ישאר קושיות התוספות על שיטת רש״י כמו שכתבתי אך הרשב״א מתרץ קושיות התוספות יותר וכתב בלחות לשונו ואיכא דקשיא להו דהא קטנים אי אפשר להם לקדש · וא״כ אלו שמסרו הקדושין בקטנותן לא עשו ולא כלום ואין הקדושין חלין אף לאחר גדולתן ולא כתב הרשב״א בפירוש שאין הקדושין חלין כלל כדי לרמז לנו דאף אם תרצה לומר דלא מיירי שקידשה על ידי שליח בהך סיפא דאם היה נדות · מ״מ יהיה קשה דאין הקדושין חלין עד שיעבור הזמן שיכול למחות כשיגדלו ולא מיחה ולפ״ז איסור נדות קדים כמו שהקשה התוספות · לכן כתב הרשב״א את לשונו בסתימות כדי שיהיה משמע לתרין אנפין וכוונתו בזה הקושיא כמ״ש והו״ק] :

ונ״ל לתרץ שיטת רש״י ביבמות שלא יהיה קשה עליו קושיות התוספות והרשב״א הנ״ל דהא דאין מעשה קטן כלום ואין שליחות לקטן היינו דוקא היכא דמעשה הקטן נגמר הפעולה כשהיה בקטנותו או מה שעשה שליח השליח יגמור פעולתו של הקטן בעוד שהיה קטן · מה שאין כן הכא דאם מיירי שקדשה על ידי עצמו או שקדשה על ידי שליח הקדושין היה באופן זה שיחולו הקדושין כשיגדלו · לכן כיון דלא נגמר פעולת הקטן הן על ידי עצמו והן מה שעשה על ידי שליח בקטנותו רק נגמר הפעולה כשיגדל אמרינן דמה שעשה הקטן הוה מעשה הן על ידי עצמו והן על ידי שליח · אך מ״מ אף למאי דהקשו התוספות אינו חולקים על שיטת רש״י דמחוסר זמן לא הוה דבר שלא בא לעולם כמו שכתבתי לעיל ·

לפי מאי דאיתא בכתובות (דף י"א) · ולפ"ז אם שחרר עבד לאחר שלשים יום ותוך שלשים יום קידש העבד אשה שיחולו הקדושין לאחר שלשים יום לא הוה כדבר שלא בא לעולם דהזמן ממילא קא אתי לכן חלו הקדושין לאחר שלשים יום ולא מצינו מאן דפליג על שיטת רש"י בזה · ואביא ראיה מבכורות (דף כ"א ע"ב) דמחוסר זמן לא חשוב כדבר שלא בא לעולם דאיתא התם ותניא ר"ש בן יהודא אומר משום ר"ש מחוסר זמן נכנס לדיר להתעשר והרי הן כבכור מה בכור קדוש לפני זמנו וקרב לאחר זמנו אף מחוסר זמן קדוש לפני זמנו וקרב לאחר זמנו וכו' · ואי אמרינן דמחוסר זמן הוי כדבר שלא בא לעולם יהיה קשה שני קושיות דמוכח מכמה דוכתי בגמרא דאין אדם יכול להקדיש דבר שלא בא לעולם והיכי אמר ר"ש דמחוסר זמן נכנס לדיר להתעשר הא אין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם · שנית קשה היכא יליף ר"ש מעשר מבכור בשלמא גבי בכור קדיש לפני זמנו וקרב לאחר זמנו משום דקדושה' בא מאליה שכן קדושתו מרחם כדאמרינן בגמרא אח"כ אדיליף מבכור ויליף מקדשים מסתברא מבכור הוה ליה למילף שכן גואל מום תמורת אכילה · אדרבה מקדשים ה"ל למילף שכן זכור קדוש במתנות פשוט ופירש רש"י ע"ז בד"ה פשוט כו' מעשר וקדשים נוהגים בפשוט ואינם צריכין להיות זכרים וצריכים להקדישם בידים ואינו ממתנות כהונה דמעשר ושלמים נאכלין לבעלים כדמפרש בפ' מעשר בהמה (דף כ"ז) דמעשר הוי שלמים אבל בכור לאו פשוט הוא ואינו נוהג אלא בזכרים ואין צריך להקדישו דמרחם קדוש וממתנות כהונה הוא עכ"ל הגמרא ופירושה · ואף שכתבו התוספות שם (בדף כ"ח ע"א) ד"ה ואי אפשר וכו' ויש לומר כיון דעשירי מאליו קדוש אפילו לא קרא עשירי ולא שייך לאיסור הקדש כזה ביו"ט עד כאן לשונו כוונתם רק לאסור משום דאין מקדישין ביו"ט לא שייך זה במעשר כיון דאין צריך להקדיש את עשירי בפה · אבל לענין שארי דברים לא מקרי קדוש מאליו רק הוי כמו שאר קדשים · אע"ג דאזלא קרא שמיה עשירי ג"כ קדוש כדאיתא בבכורות (דף נ"ט) אמר רבא עשירי מאליו הוא קדוש וכו' אין לי אלא שקרא שמו עשירי לא קרא שמו עשירי מנין ת"ל עשירי קודש מ"מ עכ"ל הגמרא מ"מ אם לא העביר את הצאן תחת שבטו אינו קדוש מאליו כדאיתא התם (בדף נ"ז ונ"ח ע"א) בשלמא טריפה כל אשר יעבור תחת השבט כתב פרט לטריפה שאינה עוברת עכ"ל הגמרא · נמצא דהקדושה דמעשר לא בא מאליו דצריך מעשה דהעברה · והוי כמו קדשים דאין הקדש חל עליהן עד שיקדישן · ולפ"ז לכאורה קשה היכי יליף ר"ש דמחוסר זמן נכנס לדיר להתעשר מבכור דג"כ קדוש לפני זמנו דבשלמא בכור הל הקדושה מאליו מה שאין כן במעשר אם נאמר דמחוסר זמן הוי כדבר שלא בא לעולם יכול לומר דלא קדוש כיון דאין הקדושין חל מאליו רק כשיעשה מעשה שיעבור תחת השבט אז חל ההקדש · וצ"ת כיון דמסיק שם אלא ר"ש העברה העברה גמיר א"כ הוי ג"ש ואין משיבין עליה הא הג"ש גם בלא זה מצרכינן לכמה דברים עיין בבכורות (דף ל"ב) אלא לא יאמר לא יגאל במעשר וגמר העברה העברה מבכור וכן איתא במעילה (דף י"ג) קתני ולד המעשרות לא יגק מן המעשרות מנא הני מילי אמר רב אחדבוי בר אמי אתיא העברה העברה מבכור מה בכור מועלין בו אף חלב המעוברת מועלין בו חלב המוקדש נמי אתיא אמו אמו מבכור עכ"ל הגמרא · וכיון דהג"ש צריכין ג"כ לשארי דברים · לכן לא נוכל למילף מחוסר זמן לנכנס לדיר להתעשר מבכור כיון דאיכא פרכא במילתא והג"ש נוקמא לה במילי אחרנייתא · אלא ודאי דהוה רק כמו מה מצינו דילפינן מבכור ומה דנקטא הגמרא אלא ר"ש העברה העברה גמר הוא רק לומר שמסתבר יותר למילף מעשר מבכור ולא מקדשים דמאלמת המה מצינו · דכיון דמה שאמרה הגמרא אדרבה מקדשים הוה ליה למילף שכן זכר קדוש במתנות פשוט לאו פירכא הוא דמה פירכא הוא שכן זכר במתנות פשוט דזה ודאי לאו פירכא הוא כן נמי במאי שחשבה הגמרא קדוש בניהם אין כוונת הגמרא שיהיה פרכא אלא דהוה דומיא דשארי דברים דחשיב התם והוא רק מה דחשבה הגמרא כמו מסתברא דדמי יותר מעשר לקדשים ממאי שמדמי מעשר לבכור לכן מסיק הגמרא אלא ר"ש העברה העברה גמר אף שהג"ש הזה מצרכינן לשארי דברים מכל מקום כיון דאיכא על כל פנים ג"ש ללמוד מעשר מבכור מסתברא יותר למילף מעשר מבכור ולא משאר קדשים · אך זהו ניחא אם נאמר דמחוסר זמן לא הוי כדבר שלא בא לעולם אבל אי אמרינן דמחוסר זמן הוי כדבר שלא בא לעולם יהיה קשה היכי יליף מעשר מבכור כיון דאיכא פירכא גמורה דלא דמי מעשר לבכור דקדושת בכור מאליו קדוש לכן קדוש ג"כ לפני זמנו מה שאין כן גבי מעשר דצריך להקדישן אין ההקדש חל על מחוסר זמן כיון דהוי כדבר שלא בא לעולם · אלא ודאי דמחוסר זמן לא הוי כדבר שלא בא לעולם לכן אין זה פירכא מה שצריך מעשר מחוסר זמן להקדישן משום זה מסתברא יותר למילף מעשר מבכור כיון דאיכא ג"ש העברה העברה דזה מאלמת הילפותא דמה מצינו כדכתבתי :

וגם נ"ל להביא ראיה מדאמרינן בזבחים (דף י"ב ע"א) לילה אין מחוסר זמן דתני דבי ר' ישמעאל ליל שמיני נכנס לדיר להתעשר וכדר' אפטוריקי דר' אפטוריקי רמי כתיב והיה שבעת ימים תחת אמו הא לילה חזי וכתיב ומיום השמיני והלאה ירצה · הא לילה לא חזי · הא כיצד לילה לקדושה ויום להרצאה ופירש"י בד"ה לקדושה ראוי להקדישו ואע"ג דלא חזי לילה להקרבה קאמרינן דמקדיש לו אלמא לילה אין מחוסר זמן הואיל ומחר יהיה ראוי עכ"ל הגמרא ופירושה הרי מוכח דמחוסר זמן אינו כדבר שלא בא לעולם דאי אמרינן דהוי כדבר שלא בא לעולם הא קיי"ל דאין יכול להקדיש דבר שלא בא לעולם והיכי יכול להקדיש מחוסר זמן · אלא ע"כ כיון דזמנו ממילא קא אתי לא הוי כדבר שלא בא לעולם · וצ"ת הא קודם ליל שמיני אינו יכול להקדיש ואי אמרינן דמחוסר זמן לא הוי כדבר שלב"ל אמאי אינו יכול להקדישו · ולפ"ז לכאורה צריכין לומר דאדרבה דמחוסר זמן הוי כדבר שלא בא לעולם לכן אינו יכול להקדיש קודם ליל ח' ומה שיכול להקדיש בליל שמיני משום דלילה אינו מחוסר זמן כלל · וה"נ אמר אביי לעיל מונה דמחוסר זמן לבו ביום פירש דאם יהיה חזי לבו ביום אינו נקרא מחוסר זמן כלל · אבל לפי ענ"ד נראה דמדברי התוספות דתמורה (דף י"ט ע"ב) ד"ה אף שהקשו על מה דאמרינן שם אף מחוסר זמן קדוש לפני זמנו וקרב לאחר זמנו תימא דאיתא בפ"ג דבכורות (דף כ"א) נילף מקדשים דלא קדישי משמע דקדשים אינם קדושים במחוסר זמן · ועוד דאמר בעלמא (זבחים דף י"ג) לילה לקדושה יום להרצאה משמע דליל שמיני דוקא קדיש אבל מקמי הכי לא · וי"ל דה"מ לכתחילה אסור להקדישו מחוסר זמן מיהו אם עבר והקדיש קדוש דילפינן לילה מבכור עכ"ל · הרי כתבו התוספות בהדיא דאף קודם ליל שמיני אם עבר והקדישן חלה הקדושה ואי אמרינן דמחוסר זמן הוי כדבר שלא בא לעולם האיך חל ההקדש · אף שכתבו התוספות בבכורות (דף כ"א פ"א) ד"ה אף דהא דאמר ר"ש קדוש היינו במעשר בהמה כדמוכח הכא דפליגי ר"ש ורבנן אבל בשאר קדשים מודה אפילו ר"ש עכ"ל אף שאיני כדאי להכניס ראשי להכריע איזה מדברי התוספות נכונים יותר כי מי אנכי · ואנכי ידעתי מיעוט ערכי מ"מ אכתוב בגלפענ"ד כדי להתלמד כי לפי קט שכלי נראה דדברי התוס' דתמורה נכונים יותר דאיתא בתורת כהנים פרשת אמור פ"ח אות ה' ומיום השמיני והלאה ירצה יכול משמיני ולהלן יהיה מותר ובשמיני עצמו יהיה אסור ת"ל בבכור ביום השמיני תתנו לי יכול יהיה הבכור מותר בשמיני ומשמיני ולהלן יהיה אסור ת"ל במוקדשים ומיום השמיני והלאה ירצה אדון אני הבכור יהא מותר בשמיני ובמוקדשים משמיני ולהלן מניין ליתן את האמור בבכור במוקדשים ואת האמור במוקדשים בבכור ת"ל אמו אמו לג"ש עכ"ל הספרא · הרי חזינן דכמו שיש ג"ש העברה העברה למעשר מבכור כן נמי יש ג"ש אמו אמו במוקדשים מבכור וכיון דילפינן מחוסר זמן נכנס לדיר להתעשר מבכור מג"ש דהעברה

העברה

העברה ה"נ ילפינן דחל ההקדש אף קודם ליל שמיני כקדשים כמו דבכור קדוש לפני זמנו וקרב לאחר זמנו · ולא נוכל לומר דהג"ש אמו אמו דכתיב גבי קדשים לילף מבכור צריכין לשאר דברים דהא גם הג"ש העברה העברה דכתיב גבי מעשר לילף מבכור ג"כ צריכין לשאר דברים כדכתבתי לעיל · וכיון שהמה שוין מעשר וקדשים · דכמו שיש במעשר גזירה שוה לילף מבכור יש נמי גבי קדשים לילף מבכור ולא נוכל לחלק בשום אופן דהך גזירה שוה דכתיב גבי מעשר עדיפא מהך ג"ש דכתיב גבי קדשים · דמהיכי תיתי נוכל לחלק בין מעשר לקדשים דבמעשר נכנס מחוסר זמן להתעשר ובקדשים אינו חל הקדושה קודם ליל שמיני · אלא ודאי דשניהם שוין דחל ההקדש במחוסר זמן · וכ"ת הא מחוסר זמן נכנס לדיר להתעשר אף לכתחילה וקדשים אף לפי דברי התוספות דתמורה אינו יכול להקדישו לכתחילה הרי חזינן דיש חילוק · ביניהם וכיון שמוכרחין לחלק נוכל לומר גם אם עבר והקדישן בהקדש קודם ליל שמיני ג"כ אינו חל ההקדש · דאם נאמר כן יהיה קשה דברי התוספות דתמורה שם דמוכח דלא מחלקינן בין קדשים למעשר כלל · דהא פירשו התוספות מה שאמר ר"ש דהיתא התם כדתניא ר' שמעון בן יהודה אמר משום ר' שמעון מחוסר זמן נכנס לדיר להתעשר והרי הוא כבכור מה בכור קדוש לפני זמנו וקרב לאחר זמנו אף מחוסר זמן קדוש לפני זמנו וקרב לאחר זמנו עכ"ל הגמרא · ויליף ר"ש גם קדשים מבכור כמו דילפינן מעשר מבכור · דאם נאמר הא דלמד ר"ש מבכור היינו דוקא גבי מעשר ולא בקדשים מאי קשיא להו להתוספות מפ"ג דבכורות דמשמע דקדשים אינם קדושים במחוסר זמן וכן גם כן מוכח מזבחים (דף י"ג) · הרי חזינן דפירשו התוספות דהא דלמד ר"ש מבכור גם קדשים בכלל הזה כמו מעשר · וכיון דבהדא מחתא למד ר"ש מעשר וקדשים מבכור לכאורה אמאי מחלקינן ביניהם דבמעשר נכנס להתעשר אף לכתחלה ובקדשים אינו רק אם עבר והקדישן חל ההקדש בדיעבד · לכן נ"ל דטעמו של דבר כך הוא לפי מה שכתבו התוס' בבכורות (דף כ"ח) ד"ה ואי אפשר וכו' וי"ל כיון דעשירי מאליו קדוש אפילו לא קרא עשירי ולא שייך לאיסור הקדש כזה ביו"ט עכ"ל · אף שכתבתי לעיל דמוכח מכמה דוכתי מגמרא דמה שכתבו התוספות דעשירי מאליו קדוש הוא רק לענין דאין מקדשין ביום טוב נקרא דחל הקדושה מאליו · אבל לגבי שארי דברים הרי הוא כמו שאר קדשים דלא חל הקדושה מאליה כדכתב רש"י בבכורות (דף כ"א ע"ב) ד"ה פשוט וכו' מעשר וקדשים וכו' צריכין להקדישן בידים וכו' עכ"ל · מ"מ כמו שכתבו התוספות בבכורות הנ"ל דלענין איסור להקדיש קדשים ביום טוב מותר להתעשר ביום טוב · דכיון דאינו צריך להקדיש בפה בפירוש דאפילו אם לא קרא עשירי ג"כ הוא קדוש אף דאינו חל קדושת מעשר על הבהמה עד שיעבירה תחת השבט נוכל לקרות דהוה רק כעין גרמא דמהמת דהוא מעביר הצאן תחת השבט חל הקדושת מעשר · לכן אינו נאסר להעביר את הצאן תחת השבט ביום טוב · ה"נ לענין דאסור להקדיש לכתחלה מחוסר זמן הוא רק להקדישן בפה אסור לכתחלה אבל גבי מעשר כיון דחל הקדושת מעשר על הבהמה ממילא כשהעביר הצאן תחת השבט והוא רק כעין גרמא מותר אף לכתחילה שיכנוס מחוסר זמן לדיר להתעשר · אך זהו דוקא בדיעבד אם עבר והקדישן בפה גבי שאר קדשים חל ההקדש אז גבי מעשר נכנס מחוסר זמן אף לכתחלה להתעשר מפני הטעם שכתבתי · אבל אי אמרינן דגבי קדשים אף בדיעבד אם עבר והקדישן קודם ליל שמיני אינו חל ההקדש אף גם במעשר לא מבעיא דלא נכנס לכתחלה לדיר להתעשר אלא אף בדיעבד אם עבר והכניסן לדיר להתעשר לא חל הקדושת מעשר על המחוסר זמן דכיון דבקדשים אינו חל ההקדש אף אם עבר והקדישן כן הדין גבי מעשר דהא יש בשניהם הן במעשר והן בקדשים ג"ש מבכור כדכתבתי · דלא נוכל לחלק ביניהם כלל שהג"ש דמעשר יהיה עדיפא מג"ש דקדשים בודאי דיניהם שוה גבי מחוסר זמן וכיון דהבאתי ראיה מספרא שלפי קט שכלי דברי התוספות דתמורה נכונים שכתבו בתמורה דגם גבי קדשים אם עבר והקדישן קודם ליל שמיני אף ביום לדת הבהמה ג"כ קדיש בדעבד וגם פשטא דסוגיא דתמורה הנ"ל ודבכורות (דף כ"ח) הנ"ל ג"כ מוכח כדברי התוס' דתמורה לפ"ז מוכח דקטן שקידש שיהיה חלין הקדושין לכשיגדל נתפס הקידושין דכיון דהוה רק מחוסר זמן וזמן ממילא קא אתי לא הוי כדבר שלא בא לעולם · דהתם שאני שהוא מחוסר מעשה דהיינו גירות או גט שחרור או שימות בעלה או אחותה ומשו"ה לא מהני לפי מה שכתבו התוס' דאם עבר והקדישן קודם ליל שמיני דחל ההקדש ואי אמרינן דמחוסר זמן הוי כדבר שלא בא לעולם לא היה יכול לחול הקנין אף בדיעבד דהא קיי"ל דאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם :

פרח יב אות ב

גם נ"ל להביא ראיה לדברינו אף אם נאמר דאינו חל ההקדש קודם ליל שמיני אף בדעבד · ממה שכתבו התוספות בתמורה (דף י' ע"א) ד"ה ואזדא וכו' ואם תאמר היכי אפשר דקדושה חלה על העוברין והא אמר דאסור להקדיש מחוסר זמן וכו' ויש לומר דקודם שנולד מאי מקדיש ליה ומייתי ליה בבכורות (דף י') מקרא עכ"ל ושיטת התוספות דהכא אזלא כמו שכתבו התוספות בבכורות (דף כ"ה) הנ"ל דאינו חל ההקדש אם הקדיש קודם ליל שמיני אף בדעבד דאם נאמר דאם עבר והקדיש חל ההקדש מאי קשיא להו להתוספות על ר' יוחנן דאמר התם קדושה חלה על העוברין עיי"ש דלשון זה משמע דקדושה חל רק בדעבד אלא ודאי דהתוספות סוברים כדברי התוס' דבכורות (דף כ"ה) הנ"ל דאף בדעבד אינו חל ההקדש קודם ליל שמיני לכן הקשו · וגם מדברי התוספות שם שהקשו הקושיא השניה וז"ל ולקמן אמרינן פרק כילד מערימים על הבכור (דף כ"ה) המבכרת שהיתה מעוברת אמר מה שבמעי בהמה אם זכר עולה אלמא דאפילו לכתחלה מצי מקדיש ליה מאי שנא דמחוסר זמן עכ"ל · ומדמסקו התוספות בקושיא השניה דמוכח מהתם דאף לכתחלה מצי מקדיש · מזה מוכח דמה שהקשו הקושיא הראשונה היכי אפשר דקדושה חלה על העוברין אף אם נאמר דקדושה חלה רק בדיעבד גם כן יהיה קשה דאם לא כן היה להם להתוס' להוכיח ג"כ דקדושה חלה על העוברין אף לכתחלה יכול להקדיש ואח"כ יקשו כמו שעשו התוס' בקושיא השניה · אלא ודאי דהקושיא הראשונה אף אם נאמר דקדושה חלה על העוברין בדעבד כמו שמשמע לישנא דגמרא כמ"ש בהוכחה הראשונה ואעפ"כ הקשו דסוברים כשיטת התוספות דבכורות דקודם ליל שמיני אף בדיעבד אינו חל ההקדש לכן הקשו דהאיך חלה ההקדש אף על העוברין אף אם עבר והקדישן · וכיון שהוכחנו שהתוספות דתמורה שם סוברים דמחוסר זמן אף בדיעבד אינה חלה הקדושה · לפ"ז אם נאמר דמה שמחוסר זמן הוי כדבר שלא בא לעולם האיך תרצו התוספות שם דקודם שנולד מצי מקדיש לה כדילפינן בבכורות (דף י"ד) מקרא והתם בבכורות (דף י"ד) איתא דתניא דבי ר' ישמעאל רק קדשיך אשר יהיה לך ונדריך רק קדשיך אלו התמורות אשר יהיו לך אלו הוולדות ופירש"י בד"ה הוולדות של קדשים עד כאן לשון הגמרא ופירושה · דמזה אין ראיה כלל דהא גבי וולדות קדשים המה קדושים מאליהם כדאיתא בזבחים (דף ל"ח ע"א) קסבר וולדות קדשים בהווייתן הן קדושים עכ"ל הגמרא וגם אית מאן דסובר דהעובר שנולד הוא קדיש עיין בחולין (דף ל') אלמא איסור מוקדשים קדיש וכו' עכ"ל הגמרא דו"ק והשכח ותמצא בכמה מקומות זה הפלוגתא לכן קדוש העובר שנולד מבהמת קדשים כיון שמאליהם המה מקודשים · אבל להקדיש עובר שיש במעי הבהמה של חולין נוכל לומר דאינו חל הקדושה אף אם עבר והקדישן כיון דמחוסר זמן אף אם נאמר דלא מיקרי זה דבר שלא בא לעולם : דזה לא נקרא חסרון מעשה כדאיתא

בקדושין (דף ס"ב ע"ב) כמאן אזלא הא דתניא האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה מקודשת לי לא אמר כלום אמר ר' חנינא לא שנו אלא שאין אשתו מעוברת אבל אשתו מעוברת דבריו קיימים כמאן או כרבה כשהכיר עוברה וכו' ופירש"י בד"ה כמאן וכו' אדרבי חנינא קאי כמאן פירש ר"ח אמתניתין דאם אשתו מעוברת דבריו קיימין אלמא דבר שלא בא כלל לעולם הוא דאין מקנה אבל בא מקלתו מקנה עכ"ל הגמרא ופירושה ועיין בש"א (דף מ"ז ע"א) דאיתא התם הכי השתא התם מעיקרא בהמה והשתא בהמה דשא הוא דאתיזא באנפה עכ"ל הגמרא · מ"מ מחוסר זמן בודאי נקראת כמובן והאיך למדו התוספות דיכול להקדיש עובר שיש במעי בהמה של חולין כמו שמצינו בוולדות קדשים המה קדושים מקרא הא חילוק רב יש ביניהם אם נאמר דמחוסר זמן דינו כדבר שלא בא לעולם דבשלמא בעובר קדשים חל הקדושה כיון דהמה מקודשים מאליהם כדכתבתי אבל בעובר של בהמת חולין דצריך להקדיש העובר לא חל ההקדש אף בדיעבד דהא קיימא לן דאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם אלא ודאי דס"ל להתוספות דקטן בקידש שיהא הקדושין כשיגדיל נתפס הקדושין דמה שמחוסר זמן אינו דינו כדבר שלא בא לעולם כיון דזמן ממילא קא אתי לכן כתבו התוספות שפיר דלמידין שיכול להקדיש עובר של בהמת חולין דהא יש קרא דולד של קדשים המה קדושים במעי אמו.

ובכן בהבאתי ראיה לדין הנ"ל מתירוץ התוספות · לכן צריכין אנו לבאר שתירוץ התוספות יהיו נכונים לכל הדיעות · דהא לפי מה שפסק בח"מ (סימן ר"ע סעיף ד') דאם אמר מה שתלד פרתי או שפחתי מכור לך או נתון לך לא אמר כלום אפילו היתה הפרה או השפחה מעוברת לא קנה כלום עכ"ל השו"ע (ועיין אה"ע סימן מ' בחלקת מחוקק ס"ק י"ד ובבית שמואל ס"ק י"ב) דלפ"ז לכאורה לא מצינו למילף דיכול להקדיש עובר של בהמת חולין מדחזינן שעוברין של בהמת קדשים המה מוקדשין · דהא ע"כ צריכין לחלק ביניהם דהא קיי"ל אין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם ולמה חלה ההקדש על עוברין של בהמת קדשים · וצריכין לומר כיון דהמה מוקדשים מאליהם לכן המה מוקדשים · ולפ"ז לא נוכל למילף עובר של בהמת חולין דיכול להקדישן מעוברין של בהמת קדשים דהתם שאני דחל ההקדש ממילא · דבשלמא דמה שהקשו התוספות דתמורה שם בפ' כיצד מערימין דמשכרת שהיתה מעוברת אמר מה שבמעי בהמה אם זכר עולה אלמא דאפילו לכתחלה מצי מקדיש ליה מאי שנא מחוסר זמן · יכולין לתרץ לפי מה שכתב הרשב"א בגיטין (דף ל') בד"ה בא להזור וכו' ומהו בעה"ב לא מצי הדר ביה משום דבר שלא בא לעולם דלא דמיא להכיא דפירות דקל דהתם דבעי למשקל מרשותיה דמוכר דאיכא למימר הכי דלוקח מצי הדר ביה משום שלא בא לעולם משום דאכתי ברשותיה דבעל הדקל איתיה על הפירות אבל הכא דלית ליה למישקל מידי מרשותיה דכהן שלא דעתו דכהן מזכה ליה אידא דמאן דבעי והדר שקיל נהו מיניה לא שייכינן נהו כאילו רשותיה דכהן עלייהו להכי דנימא בהו דבר שלבל"ע דהא מכי יהיב ליה ישראל לכהן הנהו דמי לית ליה מידי גבי כהן דלימא ליה הדרנא בי דהאכתי לא זכית לי הכוא זבינא עכ"ל · משום הכי אם אמר על הבכור שהוא במעי אמו אם זכר עולה דבריו קיימין דזה לא מקרי שמוציא מחזקתו דבלאו הכי אף אם לא יאמר שיהיה עולה כשנולד קדיש בקדושת בכור נמצא דבין כך ובין כך קדיש לכן חל הקדושת עולה מה שאין כן כשמקדיש עובר שבבהמת חולין דהתם הוא מוציא מחזקת חולין ומביאה לחזקת הקדש · לכן אינו חל שום קדושה על העובר · ואם נימא שעובר במעי אמו חשוב כדבר שלא בא לעולם לפי זה יקשה קושיות התוספות מה שהקשו בתמורה שם (דף י') דקדושה חיילה על העוברין שבמעי בהמת חולין · וראיתי להבעל מחנה אפרים בריש הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם שכתב דלא לכל מילי חשוב עובר דבר שלא בא לעולם אף לשטת הפוסקים שסוברים דדבר שלא בא לעולם הוא · והביא ראיה לדבריו וז"ל וכן מוכח מתמורה (דף י"א) דפליגי ר' יוחנן ובר פדא אי קדושה חלה על העוברין · ומסיק בתר הכי דכו"ע קדושה חלה על העוברין כי פליגי התם במעי בעלת מום דלר' יוחנן קדושה חלה עליה. דעובר לאו ירך אמו ובר פדא ס"ל עובר ירך אמו וכיון דאמו לא קדשה לגופה איהו נמי לא קדיש אבל עובר במעי תמימה לכ"ע קדיש · הרי מבואר דבין למ"ד עובר לאו ירך אמו דקדיש דחשוב כאילו הוא בהמה אחרת ובין למ"ד דעובר ירך אמו ג"כ קדיש דחשוב כאילו הקדיש אבר אחד מבהמתו עכ"ל · ולפ"ז תירוץ התוספות דתמורה דהקשו על ר"י היכא אפשר דקדושה חיילה על העוברין הא אמרינן דאסור להקדיש מחוסר זמן וכה"ג הקשו בפ' כיצד מערימין הנ"ל דאילו דקודם שנולד מצי מקדיש ליה ומייתי ליה בבכורות (דף י"ד) מקרא · עולה זה התירוץ אף לשיטת הפוסקים דעובר חשוב דבר שלא בא לעולם דלהך מילתא מודים הפוסקים הנ"ל דמקרי דבר שבא לעולם · אי נימא דמחוסר זמן מיקרי דבר שלא בא לעולם באיזה מקום אף לגבי הך מילתא דפליגי בר פדא ור"י ג"כ מקרי דבר שלבל"ע · דלא נוכל לומר כסברת המחנה אפרים דהי אמרינן עובר לאו ירך אמו הוא לא היה חל הקדושה כיון דמחוסר זמן וחשוב כדבר שלבל"ע משא"כ בוולדות קדשים דהתם חל הקדושה מאליה · ולפ"ז לא נוכל לתרץ כתירוץ התוספות הנ"ל דאין ראיה מולדות כלל כדכתבתי וגם למ"ד עובר ירך אמו דכתב המחנה אפרים דמשום הכי מצי לה דחשוב כאילו הקדיש אבר אחד מבהמתו סוף סוף כיון דהך אבר מבהמתו הוה מחוסר זמן והוי כדבר שלא בא לעולם · וכ"ת כיון דלפי סברת המחנה אפרים דחשיב כאילו הקדיש אבר אחד מבהמתו למ"ד עובר ירך אמו לא חשוב מחוסר זמן רק עובר דאזלינן בתר גוף הבהמה וגוף הבהמה אינה מחסרת שום זמן · דזה אינו דלפי זה מאי הקשו התוס' מהך דר' יוחנן דאמר חלה הקדושה על העוברין וכן ממאי דהקשו ממעוברת דלא קשה כלל דר"י סובר עובר ירך אמו וכן הך מתניתין דמשכרת אתיא כהך תנא דס"ל עובר ירך אמו · לכן לא חשוב הך עובר מחוסר זמן · וכ"ת התוס' מתרצים דהך דר"י והך דמשכרת יהיה ניחא אף אם יהיה סוברים דעובר לאו ירך אמו · דלפ"ז מתרצים התוספות דגם אי אמרינן כן יהיה ניחא מה שהקשו הא מחוסר זמן אסור להקדיש · זה אינו דבבכורות (דף י"ד) מפיק ליה מקרא דוולדות קדשים המה קדושים · ולפ"ז מוכח דמחוסר זמן לא חשוב כדבר שלא בא לעולם דאם לא תאמר כן מאי ראיה מייתי מוולדות קדשים דהתם הקדושה חל מאליה מה שאין כן אם הקדיש עובר של בהמת חולין אינה חל הקדושה כיון דקיימא לן דאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם לכן אינה חל הקדושה על העוברין כיון דצריך להקדישן · אחרי שאמרתי זאת ראיתי ברי"ט אלגזי על הך סוגיא דהפודה את בנו בתוך ל' יום (בדף מ"ט) בבכורות שהביא באות ע"ה דברי הריטב"א בחידושיו בפ"ק דגיטין גבי דין מעמד שלשה שכתב וז"ל ומיהו דוקא כשאשה זו ראויה בשעת נתינת המעות להתקדש לו כגון שהיא גדולה אבל אם היא קטנה בשעת נתינת המעות ואח"כ גדלה ונתאכלו המעות בכי האי וודאי אינה מקודשת עכ"ל הריטב"א שהביא שם · וכתב עליו דמזה דס"ל להריטב"א שאם קידשה בעודה קטנה ואמר לה הילך כסף זה והתקדשי לי לאחר שתגדיל דלא חשוב כאומר לאשה התקדשי לי לאחר שאתגייר לאחר שתתגיירי וכו' דאינה מקודשת דהוי דבר שלא בא לעולם דהתם שאני דהוי מחוסר מעשה אבל כאן שאינו מחוסר מעשה דהזמן ממילא קא אתי לא אמרינן דבר שלא בא לעולם ומקודשת אי לא נתאכלו המעות · ועיין בספר משנה למלך בפ"ד מהלכות אישות הלכה ז' שהעלה ונסתפק בזה ובדברי הריטב"א הנזכר מבואר הדין · והרב הנזכר כתב שם דדין זה במחלוקת שנוי בין רש"י והתוספות ביבמות (דף ל"ד) בהא דאמרינן בשופעת מתוך י"ג לאחר י"ג דלדברי רש"י מקודשת ולדברי התוספות אינה מקודשת ועיין שם · וראיתי להריטב"א בחידושיו ליבמות כתיבת יד שם שהביא פירש"י ודחאו וכתב שעיקר כסברת התוספות דלפירש"י צ"ל דאתיא מתניתין כר"מ דאמר דהאומר לאשה שתתגיירי מקודשת וע"ש · והדבר קשה שהיא נסתר מאמתו ממה שכתב הוא עצמו בפ"ק דגיטין כנזכר לעיל וצ"ע · ולפי מה שכתבנו לעיל דמה שהקשו

התוספות

התוספות ביבמות שם על פירש"י דלא הוי שבת אחת דנדות חל עליו התלה שאין יכול לקדש ולא לעשות שליח עד שיגדיל דאין מעשה קטן כלום משום דאמרינן בכתובות (דף י"א) דהגדילו יכולין למחות · ולפ"ז לא חלו הקדושין של קטן עד שיעבור הזמן שיכול למחות כשהגדיל מדכתב שם הר"ן וגם שאר מפרשי ראשונים דהמחאה ג"כ צריכה להיות בעת שנעשה גדול שכתבתי לעיל דבריהם · ולפ"ז לא הלו שבת אחת דאיסור נדוס חל תיכף כשהגדיל ואיסור אחת אים ואחות אשה ואשת אח לא הלו עד שיעבור הזמן שיכול למחות כשהגדיל ולא מיחו בהקדושין אז הלו אלו האיסורין · לכן נאדו התוספות מפירש"י ופירשו בדרך אחרת · אבל במה שרש"י סובר שקדושי קטן הלין לכשיגדל ג"כ ה"ל כן אך דהמה סוברים דאינו חל תיכף כשהגדיל כפי שיטת רש"י · ועיין בדברינו לעיל שיישבנו פירש"י שלא יקשה קשה מהך דכתובות הנ"ל · וגם כתבנו כל הנ"ל באר היטיב · ולפ"ז אינו סותר הריטב"א דברי עצמו דמה ש"א רצה לפרש כפירש"י מחמת קושיות התוספות הנ"ל · אבל זאת סובר ג"כ כשיטת רש"י דקדושי קטן חלין כשיגדל ·, לכן כתב בחידושיו לגיטין דאם אמר לאשה קטנה הילך כסף זה והתקדשי לי לאחר שתגדיל דמקודשת · היוצא מדברינו דרש"י ביבמות (דף ל"ד) וגם התוספות דתמורה (דף י"ט) הנ"ל · והתמורה (דף י') הנ"ל ודברי הריטב"א בגיטין סוברים דמחוסר זמן לא הוי כדבר שלא בא לעולם דזמן ממילא קא אתי · וגם התוספות ביבמות (דף ל"ד) ג"כ יכולין לסבור כן וגם הריטב"א ביבמות ג"כ סובר כן ואינו סותר דברי עצמו דלא כמ"ש הרי"ט אלגזי הנ"ל · ומה שכתב המשנה למלך שהתוספות ביבמות אינם סוברים כן אינו מובן לי דבריו כמו שכתבתי · וגם שבאתי ראיה מבכורות (דף כ"א ע"א) דמחוסר זמן לא הוי כדבר שלא בא לעולם · לפ"ז נראה דהדין דמחוסר זמן אינו כדבר שלא בא לעולם :

פרח יג

וראיתי להגאון בעל המלך בפרק כ"ב מהלכות מכירה הלכה ט' שהביא המשנה למלך שכתב בפ"ד מהלכות אישות דין ז' וכשלתיו בפרח הקודם דנסתפק בקטן שקידש ואמר הרי את מקודשת לי לאחר שאגדל מהו מי אמרינן כיון דבשעת קדושין הוי קטנים לא מהני או דילמא כיון דבשעת הלות הקדושין הם גדולים חלו הקדושין · ומההיא דאמרינן הרי את מקודשת לאחר שאתגייר אינה מקודשת משום דהוי דבר שלא בא לעולם אין ראיה דשאני התם שהוא מחוסר מעשה דהיינו גירות או גט שחרור אבל היכא דאינה מחוסר מעשה אלא זמן וזמן ממילא קא אתי אפשר דלא חשיב דבר שלא בא לעולם כו' · ובדקתי עד מקום שידי מגעת בספרי ראשונים ואחרונים ולא מצאתי גילוי בדין זה עכ"ל · וכתב על זה הבעל המלך וז"ל ואתמהה האיך לא זכר שמהרי"ק בשורש פ"ט ומוהרג"ה בחלק א' ס' כ"א דמשמע בהדיא דסבירא להו דאפילו במידי דאינו מחוסר אלא זמן חשיב ליה דבר שלא בא לעולם · ומחמת כי דבריו אינם מובנים לי מהצורך להעתיק לשון המהרי"ק ומוהרג"ה שהביא שם ובשגם כי לפי דברי הרשב"א בגיטין שכשלתי בפרח הקודם אינם מובנים דברי המהרי"ק וגם ראיתי שאחרי דברים שכתב מהרי"ק שם ג"כ אינם מובנים לי לכן אכתוב דברי המהרי"ק ואליע מה שאני צריך להתלמד בדבריו הקדושים וז"ל דפשיטא דלא חשיב חוב שלא הגיע זמנו לגבות כדבר שלא בא לעולם עד שנאמר שלא תועיל בו המחילה בתוך זמנו אלא פשיטא דחשיב דבר שבא לעולם מאחר שכבר נעשה השיעבוד ונתחייב הלוה ושעבוד נכסיו משעת עשיית השטר בקנין שודר דהוי כמעשיו כדאיתא בהדיא בנדרים בפרק השותפים (דף מ"ז) וכו' וראיה מדגרסינן בפסחים פרק כל שעה (דף ל') ב"ה אביי אומר למפרע הוא גובה רבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה היכא דזבין לוה וכו' כו"ע לא פליגי וכו' עד כי פליגי דזבין מלוה ואקדיש מלוה אביי אומר למפרע הוא גובה כיון דמטא זמנו ולא פרעיה איגלאי מילתא למפרע וכו' רבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה כיון דאיתו הוי ליה זוזי הוה מסלק ליה בזוזי אשתכח דהשתא הוא דקא קני ופירש שם רש"י וז"ל המלוה את חבירו ושעבד ליה נכסיו ואומר לו שאם לא אפרע לך לזמן יום פלוני גבה מנכסיי ומטא זמניה ולא פרעיה אביי אמר כו' עכ"ל משמע בהדיא דעד כאן לא פליג רבא עליה דאביי אלא לענין קרקע דלוה משום דמצי מסלק ליה בזוזי · אבל לענין החוב עצמו דלא מצי למימר הכי מודה הוא דמלוה מצי זבין וכן משמע בהדיא · גם מתוך פירש"י שפירש שם וז"ל כי פליגי במקדיש מלוה בתוך הזמן את הקרקע המשועבד לו ולא הקדיש את החוב אלא את הקרקע עכ"ל משמע בהדיא דדוקא הקדיש הקרקע מצי מלוה הדר ביה מהקדישו משום דאי הוה ליה זוזי ללוה ביום הזמן הוה מסלק ליה למלוה ואישתכח שלא היה הקרקע קנוי ליה עדיין כדפירש"י · אבל אם הקדיש גוף החוב לא מצי מלוה מיהדר ביה אלמא דמצי מקדיש אע"ג דאכתי לא מטא זמניה למגביה · ואנכי איני מבין את דבריו · דנוכל לומר דאם הקדיש את החוב בודאי קדיש כדכתב הרמב"ם בפרק כ"ב מהלכות מכירה הלכה ט' מי שהיו וכו' אבל המלוה הואיל והלואה ניתנה אינה בעולם ואין אדם יכול להקנותה אלא במעמד שלשתן והוא דבר שאין לו טעם · ואח"כ כתב בהלכה ט"ו דין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו וכו' אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם הרי זה חייב לקיים דברו שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה עכ"ל · ולפ"ז לפי דברי הרמב"ם אם הקדיש החוב קדיש מטעם נדר לפיכך לא פליגי רק אם הקדיש הקרקע דלאביי הוא קדיש ולרבא לא קדיש · וגם לפי דעת הראב"ד החולק על דברי הרמב"ם · ולפי שיטת שאר פוסקים שסוברים כוותיה הובא דבריהם בח"מ סימן רי"ב סעיף ז' ברמ"א דוקא אם אמר תגנו לגדקה אבל באתגנו כו"ע מודים דמחוייב לקיים מכח נדר (עיין בסמ"ע ס"ק י"ח שם ובש"ך שם ס"ק ז') וא"כ גם לפי דבריהם נוכל לומר הא דלא פליגי אביי ורבא כשהקדיש החוב דאם אמר בלשון אתגנו מחוייב לקיים מכח נדר לכן לא פליגי רק כשהקדיש הקרקע · ולפ"ז נוכל לומר דחוב שלא הגיע זמנו אינו מועיל בה מחילה משום דהוי דבר שלא בא לעולם ומה שמודים אביי ורבא דיכול להקדיש החוב הוא רק מטעם נדר לפי דעת הרמב"ם הנ"ל בכל גוונא דמקדיש ליה מחוייב לקיים מכח נדר · ואף לשיטת הראב"ד · ולהפוסקים שסוברים כוותיה ג"כ משכחינן שאם אמר בלשון אתגנו דמחוייב לקיים מכח נדר · וכ"ת דהוכחת המהרי"ק הוא לפי שיטת הראב"ד והפוסקים שסוברים כוותיה דלדבריהם דוקא בלשון אתגנו חייב לקיים מכח נדר אבל בתתגנו אינו מחויב אף מצד נדר · ומגמרא משמע דאם הקדיש החוב הוא קדיש בכל נפון שאמר דא"כ הוי ליה לפלוגי אביי ורבא בהקדיש החוב בלשון תתגנו אם קדיש או לא · דנלפע"ד דאדרבה לפי שיטת הראב"ד והפוסקים שסוברים כוותיה נוכל לומר דחוב שלא הגיע זמנו חשיב כדבר שלא בא לעולם · ובודאי אינו יכול להקדיש לפי שיטת הראב"ד והפוסקים דסוברים כוותיה לכן לא פליגי אביי ורבא בזה רק פליגי אם הקדיש הקרקע דזה לאביי לא חשיב דבר שלא בא לעולם וגם לרבא נוכל לומר דלא הוי כדבר שלא בא לעולם כדהקשו התוספות בב"ב (דף ע"ו ע"ב) ד"ה קנה לך וכו' וא"ת אמאי לא קני מדאורייתא גם שעבוד הקרקע הכתובה בו דהא קרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה ואפילו בלא מסירת שטר חוב יקנה · וי"ל דכמו שאינו יכול להקדישו כדמוכח בפרק כל שעה (דף ל"א) כיון שהקרקעות אינם ברשותיה כך אינו יכול להקנותן מן התורה · וכדברים האלה כתב הנ"י שם וכן כתב בשיטה מקובצת שם · ולכאורה צריכין להבין דבריהם דאמאי הוצרכו להוכיחו כמו שאינו יכול להקדישו כבפרק כל שעה כך אינו יכול להקנותן הא דפרק כל שעה איתא בהדיא דלרבא לא יכול המלוה למכור דאיתא התם כי פליגי דזבין מלוה וקדיש מלוה אביי אמר למפרע הוא גובה וכו' ושפיר הקדיש ושפיר זבין ורבא אמר וכו' אשתכח דהשתא הוא דקא קני פירש דאינו יכול המלוה להקדיש ולמכור דהא קאי על מה שאמר אביי · וכדי נבין דברי הראשונים וחידושם שמחשבותם עמקו מאוד ·

י"ל דס"ל דמתי דאיתא בפרק כל שעה דלרבא אינו יכול המלוה למכור יכולין לומר דאינו יכול למכור גוף הקרקע · אבל למכור השעבוד שיש להמלוה על הקרקע שבעת יהיו משועבדים לו כמו שמשועבד להמלוה המוכר הוה אמינא דזאת יכול למכור המלוה אף לרבא ולא חשיב כדבר שלא בא לעולם והוה כמו דמי תמרה דאיתא בגיטין (דף ס"ו ע"א) דלא חשיב דבר שלא בא לעולם · ה"נ אם מכר המלוה הקרקע שיהיה משועבד ללוקח לדמי הקרקע כמו שמשועבד לו הקרקע עבור דמי הלואתו אינו חשוב דבר שלא בא לעולם אע"ג דאמרינן בפרק האומר משקלי (דף כ' ע"ב) גבי דמי שור זה עלי עולה ומוקי לה באומר לכשיבאו דמיו יקדשו · ופריך והא אין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם · כבר הקשו התוספות מסוגיא הזאת על הך דגיטין הנ"ל בד"ה דמי ותירצו דהתם משום דאמר לכשיבאו אבל אמר דמי שור זה עלי עולה משמע התם דלא חשיב זה דבר שלא בא לעולם אלא הוי כמו דקל לפירותיו דבעי למימר יקדש השור לדמיו וה"נ כי אמר דמי תמרה בעי למימר שיהיו היין קנוי ליה לדמיו · אף שכתבו התוספות שם תירץ אחר דלפ"ז דמי תמרה הוי דבר שלא בא לעולם וגם במרדכי שם הביא ג"כ ב' תירוצים הנ"ל מ"מ הגאון רע"ג בתשובותיו בסימן קמ"א כתב דהרמ"א בח"מ סימן ר"ט סעיף ד' מסכים לתירוץ הראשון דלא חשיב כדבר שלא בא לעולם · ולפ"ז נוכל לומר דאם מכר המלוה ללוקח את הקרקע שיהי' משועבד ללוקח כמו שהיה משועבד לו · לא הוי כדבר שלא בא לעולם וחל המכר · ולפ"ז ישאר קושיות הראשונים במקומה אמאי לא קנה מדאורייתא השטרות · וגם אמאי מצרכינן מסירת השט"ח דהא במכירת השט"ח מוכר להלוקח שיהיו קרקעות של הלוה משועבד להקונה השט"ח כמו שהיו משועבד לו ולפ"ז קנה מדאורייתא וגם בלא מסירת שט"ח דהא קרקע נקנה בכסף ובשטר ובחזקה · לכן תירצו התוספות דהא מוכח מפרק כל שעה דאין המלוה יכול להקדיש הקרקע אליבא דרבא ובהקדש אינו מקדיש גוף הקרקע רק לדמיו שימכרו את הקרקע ודמיו יהיו קדיש ולכן הוי כמו שהקדיש שיהיו הקרקע משועבדת להקדש כמו שהיתה משועבדת לו בהך דמי הלואה · דהא בודאי אם רוצה הלוה ליתן הדמי הלואה להקדש יהיו הקרקע נשאר שלו כמו שהיו בתחילה קודם הלואה ומהיכי תיתי יפקיע המלוה את זכות הלוה מה שהיה לו בקרקע בעת שהקדיש כיון דאין שום רווחא להקדש דסוף סוף אין להקדש אלא דמי הלואה · ואפ"ה אמרינן דאינו יכול להקדיש אליבא דרבא אף דדמי תמרה לא חשיב דבר שלא בא לעולם היינו דוקא התם כיון דגוף התמרה הוא שלו ויכול למכור ה"נ דמי התמרה חשיב כמו שיש לו ולא הוי כדבר שלא בא לעולם משא"כ בקרקע המשועבדת כיון דגוף הקרקע אינו שייך להמלוה והוי כדבר שלא בא לעולם אליבא דרבא לכן לא עדיפא הדמי הקרקע מגוף הקרקע והוי כדבר שלא בא לעולם· וזאת הסברא מוכח מפרק כל שעה מהך דמבואר שם דאינו יכול להקדיש קרקע המשועבדת לו אף דהוי כמו שהקדיש קרקע לדמיה כדכתבתי ולפ"ז ניחא דמה שמכירת שטרות הוי רק מדרבנן · וגם צריך למסור את השטר חוב :

ולפ"ז אינו מובן ראיות המהרי"ק דחוב שלא הגיע זמנו אינו חשוב כדבר שלא בא לעולם מדלא פליגי אביי ורבא רק בהקדיש המלוה את הקרקע דמזה הוכיח המהרי"ק דבחוב בין לאביי בין לרבא חל ההקדש דחשיב דבר שבא לעולם דלדעת הרמב"ם שסובר דאם הקדיש החוב אף שהוא דבר שלא בא לעולם מ"מ מחויב לקיי' את דבריו מכח נדר אליבא דידיה מה דלא פליגי אביי ורבא בהקדיש החוב דהא מחויב לקיים מכח נדר אף שהוא דבר שלא בא לעולם לשאר מילי כמ"ש הרמב"ם והבאתיו לעיל · לדידיה בודאי אינו מובן הוכחת המהרי"ק ואף לפי דברי הראב"ד ושיטת הפוסקים שסוברים כוותיה דאם הקדיש את החוב אינו מחויב לקיים אף מכח נדר לדידהו ג"כ אינם מובנים דברי המהרי"ק דהא כמה סוברים דהשוב חוב דבר שלא בא לעולם מש"ה לא פליגי אביי ורבא בהקדיש את החוב · רק פליגי בהקדיש הקרקע דבזה הוה אמינא דחשיב דבר שבא לעולם אף לרבא כמו שהקשו הראשונים בב"ב הנ"ל אמאי לא קנה מן התורה וכו' · וכן משמע להאורה מגיטין הנ"ל אליביה דחד תירוצא · וכוותיה פסק הרמ"א בח"מ סי' ר"ט הנ"ל ויכול להקדיש הקרקע אף אליביה דרבא דס"ל מכאן ולהבא הוא גובה כדכתבתי · לכן משמיענו הגמרא בפ' כל שעה הנ"ל דרבא ס"ל דאינו יכול להקדיש הקרקע דמקרי דבר שלא בא לעולם דלא דמי לדמי תמרה דגיטין הנ"ל כמ"ש לעיל · ומה שהביא המהרי"ק ראיה מפירש"י שפירש שם בפ' כל שעה וז"ל כי פליגי במקדיש המלוה בתוך הזמן את הקרקע המשועבד לו ולא הקדיש את החוב אלא את הקרקע · עכ"ל : לפענ"ד גם זה אינו מובן · חדא דנוכל לומר כוונת רש"י כמו שכתבתי לעיל · שנית אף דהוכיח הגאון בעל ישועות יעקב בח"מ סי' קנ"ו מלשון רש"י שפירש דאקני משתעבד כגון אנן דנהיגין לכתוב בשטרות דקנאי ודעתיד אנא למקני · והנה מזה מבואר דרש"י ז"ל סובר כדעת הפוסקים במקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם דמתוך שלא קנה זה לא קנה זה או דקנה רק הדבר שבא לעולם · מ"מ הכא אם הקדיש את החוב וגם את הקרקע המשועבד לה לא חייל ההקדש גם על הקרקע אף לאביי דסובר למפרע הוא גובה · לדידיה אם הקדיש המלוה את הקרקע לבד חלה ההקדש · מ"מ אם הקדיש גם החוב עם הקרקע מתוך שלא חל ההקדש על החוב שהוא דבר שלא בא לעולם אינה חל ההקדש על הקרקע אף שלאביי חשוב כדבר שבא לעולם · דכיון דמה שיש להמלוה זכות בהקרקע הוא רק בא מחמת החוב שיש לו על הלוה לכן נגררת הקרקע אחר החוב כיון דהזכות של הקרקע שיש להמלוה מכח החוב קא אתיא : ומשום זה אם הקדיש שניהם היינו החוב והקרקע הקרקע נגררת אחר החוב כמו שאינו חל ההקדש על החוב ג"כ אינו חל ההקדש על הקרקע · לכן פירש"י דמיירי שלא הקדיש רק הקרקע ובזה סובר אביי דחל ההקדש כיון דלמפרע הוא גובה חשיב כדבר שבא לעולם :

ומה שכתב עוד המהרי"ק שם וז"ל ועוד פשיטא ופשיטא דכי היכי דמצי מקדיש החוב עצמו כדמשמע מתוך פירש"י הוא הדין דמצי לזבוניה · דדבר פשוט הוא דאין לחלק בין מקדיש דבר שלא בא לעולם ובין מוכר דבר שלא בא לעולם כדמשמע בהדיא ביבמות פ' האשה רבה (דף נ"ג) דגרסינן שם אמר רב נחמן בר יצחק רב הונא כרב ורב כרבי ינאי ורבי ינאי כר' חייא וכו' ומפרש התם רב הונא דאמר גבי מוכר פירות דקל לחבירו דמשבאו לעולם אין יכול לחזור ביה· כרב דאומר שדה זו אני לוקח וכו' · ורב כר' ינאי דר' ינאי הוה ליה ההוא אריסא דכל מעלי שבתא הוה מייתי ליה כנתא דפירי וכו' דמיירי לענין מעשר כדאיתא התם משמע בהדיא דמדמה ההוא דמוכר פירות דקל לחבירו והיא דשדה זו לכשאקחנה וכו' דהוי מקנה דבר שלא בא לעולם לההוא דמעשר דהוי מקדים דבר שלא בא לעולם ואם איתא דיש לחלק ולומר דאע"ג דמצי מקדים מלוה חובו בגו זמנו מ"מ לא מצי מזבין משום דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם א"כ היכי קאמר דרב כרבי ינאי נימא דאימר דשמעת ליה לרבי ינאי לענין מעשר דהוי הקדש · אבל לא לענין הקנאה· ונימא אע"ג דאדם מקדיש דבר שלא בא לעולם מ"מ אין מקנה דבר שלא בא לעולם · אלא ודאי פשיטא שאין לחלק בין מקדיש דבר שלא בא לעולם למקנה דבר שלא בא לעולם · גם זה אינו מובן לי דבריו כלל דהא כתבו התוספות שם בד"ה לאחר שאתגייר כו' וי"ל כיון דחזינן דמקלא סבר כר"א בן יעקב רבו הוא הדין דבדבר שלא בא לעולם כלל סבר כוותיה ואיבו אית ליה בסמוך דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם כלל עכ"ל · וכה"ג כתבו התוספות בכתובות (דף נ"ח ע"ב) ד"ה לאחר שאתגייר וכעין זה כתב בשיטה מקובלת בכתובות שם · לפ"ז נוכל לומר דאף דאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם מ"מ יכול להקנות דבר שלבל"ע · ומה שאמרינן שם ביבמות שאמרו דבר אחד · סובר דמסתמא כיון דמקלא ס"ל לר' ינאי דהיינו למעשר דהוי הקדש דחל המעשר אף בדבר שלא בא לעולם הוא · ה"נ סובר גבי הקנאה דאדם מקנה דבר שלא

בא

בא לעולם כמ"ש התוספות והשיטה מקובלת הנ"ל · אבל זהו רק מן הפתם אבל בעלמא נוכל לומר דיש חילוק בין הקנאה להקדש דאע"ג דאדם מקדיש דבר שלא בא לעולם מ"מ אין מקנה דבר שלא בא לעולם · שהיא דהוכיחו התוספות בסוכה (דף ז' ע"ב) ד"ה כולהו דמאי דאמרינן שם בגמרא אמר אביי רבי ור' יאשיה ור' יהודא ור' שמעון ורבן גמליאל וב"ש ור"א ואחרים כולהו ס"ל סוכה דירת קבע בעינן וכתבו על זה התוספות על כרחך אין שוין דהא רבי בעי ד' אמות ולב"ש סגי בכדי ראשו ורובו ושולחנו ודעותיה ביבמות פרק ר"ג (דף כ"א) כולהו ס"ל מאמר קונה קנין גמור כו' עכ"ל · הרי חזינן דאף שמונה הגמרא תנאים ואמוראים שסוברים דבר אחד מ"מ פליגי שמה שזה סובר אינו סובר אידך רק בקלת קאי בשיטה אחד ועיין ברא"ש שם בסי' י' שכתב דקיי"ל דכל כי האי גוונא שיטה היא ולית הלכתא כחד מנייהו עכ"ל · וה"נ לית הלכתא ככל הני תנאים ואמוראים שמונה הגמרא ביבמות הנ"ל דקצת מהם סוברים דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם. וקצת מהם סוברים דאדם מקדיש דבר שלא בא לעולם וכעין זה כתבו התוספות בב"ב (דף ס"ה ע"ב) ד"ה מהוורתא דלא כר"מ וכן כתבו התוספות כמו כן שם (בדף פ"ה ע"ב) ד"ה כולהו · ולפ"ז נוכל לומר דאף דרבי ינאי ס"ל גבי מעשר דמקדיש דבר שלא בא לעולם מ"מ יוכל לסבור דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם · ואפי"ה מונה הגמרא דאמרו דבר אחד ר' ינאי ובאידי אמוראים ותנאים דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כיון דעכ"פ קאי בשיטתא אחת וכה"ג שיטה היא ולית הלכתא כחד מנייהו דקיי"ל הן בהקדש הן בהקנאה הן בקדושין הן בשארי דברים דאינו חל המעשה על דבר שלא בא לעולם :

עוד כתב המהרי"ק שם וכן מוכח ג"כ בפ' המוכר את הספינה (דף ע"ט) גבי מקדיש בור ובורך דקנית ונתמלאו דת"ק אומר מועלין בהם ולא במה שבתוכם · ר"א בר' שמעון אומר מועלין אף במה שבתוכם ומסיק רבא דפליגי בפלוגתא דר"מ ורבנן גבי אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אלמא מדמה מקדיש דבר שלא בא לעולם למקנה דבר שלא בא לעולם · גם זה אינו מובן לי דנוכל לומר דאף מאן דס"ל אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם מ"מ סובר גבי הקנאה אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם לפי מאי דאיתא בקדושין (דף ז' ע"א) אמר רבא התקדשי לי לחציי מקודשת חציך מקודשת לי אינה מקודשת כו' א"ל מר זוטרא בריה דרב מרי לרבינא ונפשטו לה קדושי בכולה מי לא תניא האומר רגלה של זו עולה תהא כולה עולה ואפילו למ"ד אין כולה עולה ה"מ היכא דמקדיש דבר שאין הנשמה תלויה בה אבל מקדיש דבר שהנשמה תלויה בו הוי כולה עולה מי דמי התם בהמה הכא דעת אחרת כו' עכ"ל הגמרא · וכתבו התוספות על זה בד"ה ונפשטו וכו' בלשון הקדש קאמר לה וכדאמר בריש פירקין דחסר לה אכו"ע כהקדש באדם עובה כהקדש לפיכך יש להיות דינה כהקדש · אבל אם הי' אומר מאורסת או חד מהנהו לישנא דלעיל (דף ו') על זה לא הי' מקשה ונפשטו קדושי בכולה לפירש זה עכ"ל · וכעין זה כתבו התוספות בע"ב שם ד"ה חציך וכו' (ועיין במהרי"ט בחידושיו שם ועיין בלחם משנה בפ' שלישי בהלכות אישות הלכה י' ועיין באבני מלואים בסי' ל"א ס"ק י"ז ובשארי ראשונים ואחרונים שם ועיין בדברינו בכפתור שני מה שכתבתי בדברי התוספות והרמב"ם הנ"ל) · ולפ"ז אמרינן בב"ב שם דת"ק ור"א ב"ר שמעון פליגי בפלוגתא דר"מ ורבנן וקך פלוגתא מבואר בכמה דוכתי בגמרא ואחד מהם בקדושין (דף ס"ג ע"א) דתניא האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאתגייר לאחר שתתגיירי לאחר שאשתחרר לאחר שתשתחררי לאחר שימות בעליך לאחר שתמות אחותך לאחר שיחלוץ וכו' אינה מקודשת ר"מ אומר מקודשת ר' יוחנן הסנדלר אומר אינה מקודשת וכו' עכ"ל הברייתא ועיין ברשב"ם בב"ב שם ד"ה פלוגתא דר"מ ורבנן דפירש התם דהכך ברייתא הנ"ל פליגי ר"מ ורבנן עיי"ש · ולפ"ז מוכח דר"מ ס"ל אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם דמבואר בברייתא הזה דאמר לה [ב]לשון הרי את מקודשת לי ואם קידש בזה הלשון דינו של הקדושין כדין הקדש כדאמרינן בקדושין (דף ז') הנ"ל לפי דברי הראשונים והאחרונים המפרשים זאת הסוגיא ועל זה פליגי ת"ק ור' יוחנן הסנדלר והסוברים דאינה מקודשת אף אם אמר בלשון הרי את מקודשת לי · מוכח מזה דס"ל דאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם כיון דשוים בדיניהם כדכתבתי וכדאמרינן בגמרא בב"ב הנ"ל דת"ק דסובר אין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם סובר כרבנן דברייתא דקדושין הנ"ל ור"א ב"ר שמעון דסובר דאדם מקדיש דבר שלא בא לעולם סובר כר"מ דברייתא הנ"ל · וכ"ת הא אמרינן התם דפליגי בפלוגתא דר"מ ורבנן דת"ק סבר כרבנן דאמרי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ור"א ב"ר שמעון סבר כר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. לפ"ז מוכח מהגמרא דפליגי ר"מ ורבנן גם בדין הקנאה אם אדם מקנה דבר שלא בא לעולם או לא · וכן אמרינן בכמה דוכתא בש"ס בזה הלשון דר"מ ס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ורבנן ס"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ולפי מה שכתבנו נוכל לומר דאף דר"מ סבירא ליה גבי קדושין דנתפס הקדושין גבי דבר שלא בא לעולם · מ"מ גבי הקנאה סובר דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ; דדוקא גבי קדושין אם קידש בלשון הרי את מקודשת לי דדינו שוה כדין הקדש כדהוכחתי מקדושין (דף ז') הנ"ל לכן אמר ר"מ דמקודשת מבא"כ גבי הקנאה · ולפ"ז מוכח כדברי המהרי"ק דאין לחלק בין הקדש להקנאה גלפענ"ד גם מזה אין להוכיח אף שנ"ל לומר בטעמו של דבר אפילו אי אמרינן אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ מקדיש דבר שלא בא לעולם מפני טעמים · חדא דלפי מה שכתב הרשב"א בגיטין (דף ל') והבאתיו בפרח הקודם ד"ה אם בא לחזור דדוקא היכא דעל ידי קנין דבר שלא בא לעולם יהיו מוציאין מיד המוחזק בזה אמרינן דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אבל היכא שע"י הקנין דבר שלא בא לעולם יהי' מחזיק את הדבר שיהי' ברשותו דאם יבוא לעולם יהי' הדבר הזה ברשותיה אל הקנין אף על הדבר שלא בא לעולם זה תוקף כוונת הרשב"א שם · וכן כתב הים"ש בגיטין שם · לפ"ז חל ההקדש אף על דבר שלא בא לעולם דכל היכא דגדלי בגזא דרחמנא גדלי ואינה צריך ההקדש להוציא מחזקת הבעלים לכן חל ההקדש אף על דבר שלא בא לעולם · ועיין חולין (דף קל"ט) לד' האר"ן וכו' · ואף גם בהקדש בדק הבית אמרינן כן ע"ש · אבל גבי אשה לא שייך זאת · ולפ"ז מוכח כדברי המהרי"ק דשוה דין הקדש לדין הקנאה כהוכחת המהרי"ק מב"ב הנ"ל דהא"כ היכי אמרינן דרבנן דסברי דאינה מקודשת אם אמר לאחר שאתגייר וכו' סוברים ג"כ דאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם הא נוכל לומר דאף אם קדשה בלשון הרי את מקודשת לי דאז דין הקדושין כדין ההקדש דאמרינן גם גבי קדושין פשטה בכולה גופה כמו גבי הקדש מ"מ בהך מילתא דדבר שלא בא לעולם נוכל לומר אף דאדם מקדיש דבר שלא בא לעולם מ"מ גבי קדושין אינו חל בדבר שלא בא לעולם דגבי קדושין לא שייך הנך טעמים שכתבתי דמשום הכי חל ההקדש על דבר שלא בא לעולם :

אך נ"ל דהא איתא בקדושין (דף מ"א ע"א) בליהות מנ"ל וכו' אשכחן בגירושין בקדושין מנ"ל וכו' אמר קרא ויצאה והיתה מקיש הויה ליציאה מה יציאה משוי שליח אף הויה נמי משוי שליח ואלא הא דתנן האומר לשלוחו צא תרום תורם כדעת בעה"ב כו' מנא לן פירש"י על זה דשליח תורם ע"כ · וכ"ת דיליף מגירושין מה לגירושין שכן ישנן חול אמר קרא אתם גם אתם וכו' עכ"ל הגמרא וצריכין אנו לומר הא דפריך הגמרא מה לגירושין שכן ישנן חול מהאי פירכא זו לא נוכל למילף תרומה מקדושין דנהיה גלי לן קרא מדכתיב ויצאה והיתה דמתקדשת ע"י שליח דקדושין ישנם חול לגבי תרומה · אף דגלי לן קרא דאף אם קדשה בלשון הרי את מקודשת לי ג"כ מקודשת ע"י שליח ועיין בתוספות שם ד"ה מה לגירושין וכו' דמוכח מדבריהם כדכתבתי ובאופן קדושין זה אמרינן לגבי הך

דינה דפשטה בכולה דשויה דין הקדושין לדין הקדש · ולפ"ז לכאורה אמאי לא ילפינן תרומה מקדושין · וצריכין אנו לומר דבאמת חמיר דין הקדש מדין קדושין דשם אם קדשה בלשון הרי את מאורסת לי בודאי אינו חמיר כהקדש · ולפ"ז לא נוכל לומר דחומר הקדושין יהיו תלוי בלשון דאם קדשה בלשון הרי את מקודשת לי יהיו חמור כהקדש ואם בלשון אחר לא הוי כהקדש זה אינו עולה על הדעת דמסתמא בכל לשון שקידש חומר איסוריהן שוה · לפ"ז צריכין להבין אמאי אמרינן בקדושין (דף ז') דאם קדשה בלשון הרי את מקודשת לי לפי פירש התוספות שם דפשטה הקדושין בכולה כמו דאמרינן גבי הקדש הא נוכל לומר דמחמת חומר דקדשים אמרה התורה דפשטה הקדושין בכולה אבל בקדושין לא אמרינן כן · וצריכין לומר דסברת הגמרא בקדושין (דף ז') מאי דאמרינן שפשטה קדושה בכולה אינו מחמת חומר דקדשים אלא רק הוא משום דאלים לשון הקדש שיפשוט הדיבור הזה בכולה גופה · ולפ"ז נוכל לומר דזה ג"כ הוא סברת הגמרא בב"ב (דף ע"ט) הנ"ל דאמרינן דפלוגתא דת"ק ור"א ב"ר שמעון דפליגי בפלוגתא דר"מ ורבנן וכבר כתבתי לעיל דכוונת הגמרא לכך פלוגתא דאיתא בברייתא בקדושין (דף ס"ג) דפליגי אם קדשה בלשון הרי את מקודשת לי לר"מ הוי קדושין אף אם קדשה לאחר שאתגייר וכדומה אף דהוי דבר שלא בא לעולם · ולרבנן אינה מקודשת סובר הגמרא דלר"מ אם מקדיש דבר שלא בא לעולם חל ההקדש כמו דאמר גבי קדושין אם קדשה בלשון הרי את מקודשת לי משום דאלים לשון הקדש שיהיה חל על דבר שלא בא לעולם ולרבנן דסברי דאינה מקודשת אף אם קדשה בלשון הרי את מקודשת כמבואר בברייתא שם והבאתיו לעיל סוברים דלא אלים לשון הקדש שיתפוס הקדושין גבי דבר שלא בא לעולם · וה"נ אם הקדיש דבר שלא בא לעולם ג"כ אינו קדוש משום דלא אלים לשון הקדש · ומה שקשיא לן אם נימא דלא כסברת המהרי"ק דלא שוה דין הקדש לדין הקנאה דאף דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ מקדיש דבר שלא בא לעולם היכי אמרינן בב"ב שם ובכמה דוכתא דר"מ סובר דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם הא לא מצינו בשום דוכתא דפליגי ר"מ ורבנן גבי הקנאה רק מצינו דסובר ר"מ גבי קדושין דאם קדשה בלשון הרי את מקודשת לי דנתפס הקדושין אף גבי דבר שלא בא לעולם · גם זה נלפענ"ד לומר דאינו מוכח כדברי המהרי"ק משום דבברייתא איתא האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאתגייר וכו' לאחר שתשתחרר וכו' הבאתי לעיל לשון הברייתא · ובזה לא נוכל לומר דאלים לשון הקדש · דהא באופן זה הוי כאילו ליכא אמירה דהקדש כלל כיון דקדשה לאחר שאתגייר או לאחר שתשתחרר ובעת הזה אינו יכול לקדש ולא להקדיש הוי כאילו ליכא אמירה כלל דבשלמא אם קדשה לאחר שתתגיירי דמצד המקדש אין שום מניעה שיעכב הקדושין לכן מהני הקדושין שאמר בלשון הקדש שיחול הקדושין לאחר שתתגיירה אף דהוי דבר שלא בא לעולם משא"כ כשאמר לאחר שאתגייר הוי כאילו לא אמר כלל · ומה שייך בזה שיהיו אלים הקדושין שאמר בלשון הקדש · ולפ"ז מוכיח הגמרא כיון דסובר ר"מ אם קדשה לאחר שאתגייר או לאחר שתשתחרר דמקודשת ושם לא נוכל לומר דאלים משום דאמר לשון הקדש כדכתבתי לפ"ז מוכח ג"כ דסובר גבי הקנאה דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם :

ומה שכתב עוד המהרי"ק שם דנ"ל להביא ראיה ממה דגרסינן בכתובות פרק שני (דף י"ט) אמר רב יהודה אמר רב האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן ופריך עלה אלימא דקאמר להו פשיטא וכו' אלא דקאמר מלוה תבוא עליו ברכה וכו' ומתרץ אביי לעולם דקאמר מלוה וכגון שכתב לאחרים וכדרבי נתן כו' והקשו שם התוספות וז"ל וא"ת לוקמה במיגו דאי בעי מחיל ליה דהא המוכר ש"ח לחבירו וחזר ומוחל לו מחיל וי"ל דלאו מגו הוא וכו' ואם איתא דבתוך זמנו אין יכול למחול מאי קשיא להו לתוספות נוקמיה כגון דאכתי לא מטי זמניה למגביה דלא מצי מחיל · אלא ודאי פשיטא להו דאפילו בתוך זמניה מצי מחיל · גם זה אינו מובן לי דהא נוכל לומר דהתוספות סברי כשיטת הר"ן שם בחידושיו לרב אלפס שכתב וז"ל ולי אין זו קושיא דהתם לאו מדרבי נתן אתינא עלה והיינו טעמא משום דהא דרבי נתן לא סגי אלא לכשיגיע זמנו פקדיה רחמנא ללוה דליתב למלוה קמא ומשום הכי מוציאין מזה ונותנין לזה אבל לא סגי דליהוי מהשתא שיעבודיה גביה עכ"ל · וכן כתב הסמ"ע ריש סימן מ"ז דקודם שהגיע זמן ליכא שיעבודא דר' נתן · ואף בש"ך בסימן פ"ו בס"ק י"א כתב דגם בתוך הזמן איכא שעבודא דר' נתן ומשום הכי אינו יכול למחול · מכל מקום משמע מדבריו דבזה מודה דהר"ן סובר דבתוך הזמן ליכא שעבודא דר' נתן ומשום הכי יכול למחול מדכתב אבל לא היה צריך הר"ן לזה וכו' עיי"ש בדבריו ודו"ק · ולפ"ז אם נאמר דהתוספות סברי כסברת הר"ן כשלא הגיע הזמן ליכא שעבודא דרבי נתן לפ"ז מוכח דמה שאמר רב שם דאינו נאמן המלוה לומר שטר אמנה הוא משום כשכתב לאחרים מדרבי נתן איירי דוקא בהגיע זמן הפרעון דאל"כ ליכא שעבודא דר' נתן כלל ואמאי אינו נאמן המלוה לומר שטר אמנה הוא כמו שיכול למחול ובפרט לשיטת הפוסקים שסוברים דמה באומר שטר אמנה הוא הוה כמו שאומר מחול לך (עיין בש"ך שם וגם בסימן ס"ו ס"ק ל"ה ובס"ק ס"א שמשמע מדבריו שגם הר"ן סובר כן עיי"ש בס"ק ל"ה שכתב שמה שכתב הר"ן סוף פרק כל הנשבעין שהמוכר נאמן לומר פרוע במיגו דאי בעי לומר מחול לי לרווחא דמילתא כתב כן עיי"ש בדבריו) · ולפ"ז לשיטת הר"ן והסוברים כוותיה על כרחך מיירי הא דאמר רב בכתובות שם כשהגיע זמן כדכתבתי ואם נימא דסברי התוספות כשיטת הר"ן נוכל לומר דלעולם כשלא הגיע הזמן אינו יכול למחול דלא כדברי המהרי"ק · ומה שלא תירצו התוספות דמיירי בשלא הגיע הזמן דלא מצי מחיל ע"כ מיירי הא דאמר רב בשהגיע הזמן דאל"כ אמאי אינו נאמן הא ליכא שעבודא דר' נתן קודם שהגיע הזמן · שנית נוכל לומר דהא דלא תרצו התוספות דמיירי בשלא הגיע זמנו משום דאף אי אמרינן אם אמר שטר אמנה אינו נאמן במקום דכתב לאחרים היינו דוקא באומר אמנה כיון דאיכא שטר מבורר לפנינו בעדים שהוא חייב לו לכן אינו נאמן במקום שכתב לאחרים אבל היכא שאומר שמה שמבורר בשטר שהוא חייב לו לא לוה מעות מאתו רק התחייב עצמו כפי הסך המבואר בשט"ח ולשלם לו בזמן שהוקבע ביניהם כדאמרינן בריש פרק הכותב וכן מבואר בח"מ סימן מ' שיכול להתחייב א"ע אף שלא הלוה מאתו · דלפי הנראה אינו יכולים להבין מתוך השטר אם הלוה מעות או הוא רק בדרך חיוב · וכיון שאינו מוכח מתוך השטר שלוה לכן נוכל לומר שהשטר הוא רק בדרך חיוב ובשטר כזה בודאי יכול למחול אף בתוך הזמן דבשלמא אם לוה מעות נוכל לומר דהמעות שהלוה כבר הוציאם ואינם בעולם ואינו מועיל המחילה על המעות שלוה משא"כ כשהתחייב א"ע על זמן יכול למחול אף בתוך הזמן דהחיוב הוא רק מחמת ששיעבד את גופו ליתן לו לזמן הנ"ל סך המעות המבואר בשט"ח והגוף הוא בעולם לכן יכול למחול אף במקום שכתב לאחרים אם אמר אף בתוך הזמן שהוא רק חיוב בעלמא ולא לוה מאתו זה בודאי יכול לומר כיון שאינו מובן מתוך השטר אם הוא לוה מעות או רק בדרך חיוב ולכן יכול למחול אף בתוך הזמן על שעבוד הגוף שיש להמלוה על הלוה · ולפ"ז נוכל לומר דלעולם אם לוה מעות אינו יכול למחול בתוך הזמן דהוי כדבר שלא בא לעולם דלא כדברי המהרי"ק ומה שלא תרצו התוספות שלא הגיע זמן דעדיין יסתר קושיות התוספות במקומה הא יכול לומר שהשטר הוא רק על דרך חיוב ויכול למחול אף בתוך הזמן · שלישית · נוכל לומר דלעולם בתוך הזמן אינו יכול למחול ומה שלא תרצו התוספות דמיירי בשלא הגיע הזמן ומשום הכי אינו יכול למחול דאזלי לשיטתם שכתבו בב"ק (דף קי"ד ע"ב) ד"ה אזל כו' על הא דאמרינן כי אתא רבי יצחק בר יוסף אמר ר' יוחנן בעל שאמר גרשתי את אשתי אינו נאמן מנפח רב ששת בידיה אזל ליה הואיל דרב יוסף איתו והא אמר רב חייא בר אבין אמר ר' יוחנן בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן לא קשיא כאן למפרע כאן להבא פירש הא דאמר רב ששת אזל ליה הואיל דרב יוסף משום דאמר רב יוסף לעיל מינה דבעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן הואיל

ובידו

ובידו לגרשה עכ"ל הגמרא ופירושה וכתבו התוספות על זה דדוקא לענין שאמר גרשתי לא אמר מיגו הואיל ובידו לגרשה משום דהא איתא דגרשה אית לה קלא ולכך אינו נאמן · אבל זה בני נאמן במיגו דהואיל ובידו לגרשה דיכול להיות שיש לו בן ואינו ידוע לעולם עכ"ל · וזה פשוט מה שכתבו התוספות דבידו לגרש היינו שיכול לגרש השתא בפנינו דהא אמר גרשתיה מכבר אינו נאמן כדכתבו התוספות · (וכן פסק הש"ע בא"ע בסימן קנ"ו סעיף ו' ועיי"ש בב"ש וכן בריש סימן קנ"ב עיין בב"ש) · מזה מוכח דנאמן מחמת מיגו דקיי"ל שיכול לעשות להבא · וגם התוספות מכללן כתבו כן · ולפ"ז נוכל לומר דלעולם אינו יכול למחול החוב קודם שהגיע הזמן שלא כדברי המהרי"ק ומה שלא תרצו התוספות בתוך הזמן משום דהא קודם שהגיע הזמן אינו יכול למחול מ"מ נאמן במיגו דהא יכול למחול כשהגיע הזמן כמ"ש הם בעצמם בב"ב דנאמן מחמת מיגו כזה · דזה אין סברא לחלק דהא שכתבו התוספות בב"ב דנאמן מגד מיגו שיכול לעשות להבא היינו דוקא התם שיכול לעשות המעשה תיכף דבידו לגרשה השתא · משא"כ הכא גבי שטר דאינו יכול לעשות המגו אלא כשהגיע זמן · זה אין סברא דגם בשעה מועטת אמרינן דאילו לא יהיה בדעתו הראשונה כדכתב הרשב"א בקדושין (דף ס"ב) יעו"ש · לפ"ז כיון דמוכח מהך דאמר זה בני דנאמן מתוך שיכול לגרשה אף דיכול לגרשה תיכף · מ"מ לכאורה נוכל לומר שלא יהיה נאמן מחמת מיגו כזה דבודאי יתאחר זמן מועט עד שיגרשנה היינו כתיבת הגט ומסירת הגט ואולי יתחרט בתוך זמן הזה · ואפ"ה מוכח משם דאמרינן מיגו · ולפ"ז אין לחלק בין לעשות המיגו בזמן מועט בין יכול לעשות המיגו בזמן הרבה דבשניהם נוכל לומר אולי יתחרט מה שיכול לעשות המיגו · וכיון שכן נוכל לומר דלא כסברת המהרי"ק דתוך הזמן אינו יכול למחול ומה שלא תרצו התוספות דמיירי שלא הגיע הזמן משום דיבאר קושיתם במקומה יהיה נאמן לומר בשטר אמנה הוא מחמת מיגו דיכול למחול כשהגיע הזמן :

ומה שכתב עוד המהרי"ק שם ועוד יש להביא ראיה דבכה"ג מאי מהיל ליה ואע"ג שלא נתן עדיין לגבות אלא עד אחר העדר האוכן או אבתו שהרי בכמה מקומות בתלמוד מוכח שהאשה יכולה למכור כתובתה בחיי' בעלה בטובת הנאה כדגרים בכתובות פרק הכותב (דף פ"ה) קרובתיה דרב נחמן זבנתה לכתובתה בטובת הנאה ומותיב ליה ומשני הא מני ר"מ היא ש"מ דלרבנן מצי לזבנה לכתובתה אפילו יושבת תחת בעלה ופשיטא דכולהו ביושבת תחת בעלה איירי מדאינה יכולה למכור אלא בטובת הנאה ובכה"ג נמי איירי מתניתין דהתם דפריעתן רעה וכו' ועוד דאתגרשה או אתארמלה לא מצי קאי דא"כ לא הוה משני מידי במאי דמוקמי כר"מ וכו' הרי לך בהדיא שיכולה למכור אפילו יושבת תחת בעלה וכדמוכחת כל הסוגיא דהתם ואע"ג דלא ניתנה כתובתה לגבות מחיים אלא ע"י מיתה או ע"י גירושין אלמא דאע"ג דעדיין לא נתנה לגבות אפילו הכי יכולה למכור וכ"ש למחול והכא נמי לא שנא · גם ראיה זו איני מבין לפי שיטת הסוברים דמכירת שערות דרבנן דהוי דבר שאינו ברשותו כמו שכתב התוספות ב"ב פ"ו ע"ב ד"ה קני וכו' ע"ש ולכן גם להקדישם אינו יכול כמו שכתב התוספות שם · א"כ גבי מחילה נמי לא תקינו רבנן שתהי' יכולה למחול :

ומה שכתב המהרי"ק שם ועוד בהדיא מסיק התם אלא משום דמוחל דאמר שמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומוחל לו מחול וכו' עד כל לגבי בעלה ודאי מחלה ובי דינא בכדי לא מטרחינן הרי לך בהדיא שיכולה למחול כתובתה לבעלה מיירי מדקאמר כל לגבי בעלה וכו' וכן מוכח נמי בכתובות פ' אע"פ (דף נ"ז) וכו' עכ"ל עיי"ש שהאריך · גם זה אינו מובן לי דאע"ג דמוכח מגמרא דכתובה יכולה אשה למחול אף בעודה תחת בעלה מ"מ יכולים לומר דהא הלוה מעות קודם שהגיע זמנו אינו יכול למחול · דדוקא בכתובה דהתם רק שעבוד הגוף בעלמא דהא הבעל לא לוה מאתה כלום רק התחייב לשלם לאחר שתתגרשה או לאחר שתתארמלה והגוף ישנו בעולם לכן יכולה למחול · משא"כ בהלוה מעות ומלוה להוצאה ניתנה ואף אם ישנם בעין הוה כמו שאינו בעולם כמו שמוכח בקדושין בסוגיא דהמקדש במלוה אינו יכול למחול ועיין זה כתבתי לעיל :

ומה שכתב עוד המהרי"ק שם דאף דמוכח ברמב"ם פ' כ"ב מהלכות מכירה וז"ל מי שהיה לו פקדון ביד אחר מקנהו במכר או מתנה לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא וכו' אבל המלוה הואיל ולהוצאה ניתנה אינה בעולם אין אדם יכול להקנותה אלא במעמד שלשתן עכ"ל דמוכח מזה דמעות מלוה חשובה כדבר שלא בא לעולם וכתב על זה המהרי"ק דפשיטא דדוקא במלוה ע"פ קאמר אבל במלוה בשטר מודה הוא לכל הפחות דיכול למחול דאי לא תימא הכי יקשה עליו מכמה מקומות בתלמוד דמוכח דיכול למחול ואפילו מוכר שט"ח לחבירו וחזר ומוחל לו מחול וכו' עכ"ל · ולפענ"ד לתת טעם לדבר מה שמלוה בשטר מועיל בה מחילה דחשיב כדבר שבא לעולם לפי דברי המהרי"ק מדאיתא בגיטין (דף ל"ז ע"א) הניא כוותיה דר' יוחנן ור"ש בן לקיש שטר חוב משמט ואם יש בו אחריות נכסים אינו משמט תניא אידך וכו' ולא עוד אלא אפילו כתב כל נכסי אחראין וערבאין לך אינו משמט וכו' עכ"ל הגמרא · הרי מוכח דאם יש בו אחריות נכסים דאינו משמט דכגבוי דמי עיי"ש ברש"י · ואף למאי דמסיק התם דסברייתא אתיא כב"ש דאמרי שטר העומד לגבות כגבוי דמי · מ"מ לא משוינן פלוגתא רחוקה בין ב"ש לב"ה דב"ש יהיו סברי דחשיב כגבוי ולב"ה יהיו חשיב כדבר שלא בא לעולם · וכ"ת דהתם מיירי בהגיע זמנו דאל"כ הא קיי"ל דאף מלוה ע"פ וקבע לה זמן שביעית השמט בתוך הזמן אינה משמטתה כדאמר שמואל במכות (דף ג' ע"ב) וכדמפרש לה רב ענן (ועיין בח"מ סי' ס"ז סעיף י') ומשום הכי ס"ל לב"ש דאם יש בו אחריות דכגבוי דמי ולב"ה לכל הפחות חשיב כדבר שבא לעולם · משא"כ בתוך הזמן ס"ל לב"ש דלאו כגבוי דמי · ולפ"ז אין ראיה לדברי המהרי"ק מגיטין הנ"ל · אך נ"ל דגם מהרי"ק מיירי בהגיע הזמן דאל"כ אינו מובן הראיה שלו עיי"ש בדבריו · שהרי דמוכח מיבמות (דף ל"ח ע"ב) ומכתובות (דף פ"א ע"א) דאף בתוך הזמן ס"ל לב"ש בשטר העומד לגבות כגבוי דמי · והרי הוא כמו שהמלוה מוחזק ומזה לכל הפחות לב"ה חשיב כדבר שבא לעולם אף בתוך הזמן · אבל נלפענ"ד אף שכתבתי שאינו מובן לי הראיה שהביא המהרי"ק שבתוך הזמן יכול למחול · מ"מ נלפענ"ד דיכול למחול אף בתוך הזמן דמאן מרא דפוסק דאינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם הוא הר"ן בתשובותיו הובא דבריו בח"מ סי' ר"ט ברמ"א וז"ל וכשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם כך אינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם תשובות הר"ן סי' כ"ג עכ"ל הרמ"א ועיי"ש בביאורי הגר"א ס"ק י"ז שהביא ראיה לדברי הר"ן מירושלמי פ"ג דכתובות הלכה ז' יתומה שנתארסה כו' אמר ר"י אתיא דר"מ כשיטת ר"ע רבו דאמר קנסה לעצמה מעתה אפילו בתפוסה במחלה לו ויש אדם מוחל דבר שאינו שלו ביתומה ויש אדם מוחל דבר שאינו ברשותו דאמר ר' בון קנס אין בו משום ראשונה דתנינן תמן עמדה בדין עד שלא מת האב כו' שבת ופגם הוא מתניתין כו' ועיין בש"ה ועיין ר"ן בכתובות שם דבריו הקדושים ואינם רק ראיה שאינו יכול למחול קודם שנתחייב לו דהא התם גבי קנס קודם שעמדה בדין אין לה זכיה כלל בהקנס משו"ה פריך הירושלמי ויש אדם מוחל דבר שאינו ברשותו כיון שלא זכתה כלל בהקנס ומה שייך בזה מחילה דלא מגיעו מחילה רק אם נתחייבו לו · משא"כ הכא בחוב שלא הגיע זמנו דבזה ש"ע מודים שיכול למחול שהוא חייב לו · ואף לפי דברי הרשב"א בגיטין (דף מ"ב ע"ב) ד"ה הא וכו' שכתב דיש מפרשים דאע"ג דלא הוי ממון לשוריבו לגביו או לזכות בו כממון שהוא ברשות אחרים מ"מ כשעמד בדין לבסוף אגלאי מילתא למפרע דמשעה ראשונה זכה בעצמו ויצא לחירות אלא שעדיין משועבד נש שהוא הוא עכ"ל · וכן כתב בחידושי הר"ן שם ובדבריהם

משמע שבתוספות בב"ק (דף ל"ג ע"א) ד"ה ואיכא בינייהו וכו' סוברים ג"כ · מ"מ הם מודים דקודם שעמדה בדין לא זכתה בהקנס כלל רק אם עמדה אמרינן אגלאי מילתא למפרע ולהכי פריך בירושלמי ויש אדם מוחל דבר שאינו ברשותיה וכן פירש בהדיא המפרש שם בד"ה ויש אדם וכו' · מ"מ קשה דהא עדיין לא זכתה בהקנס ולפענ"ד יש להוכיח דכוונת הירושלמי בהא דפריך ויש אדם מוחל דבר שאינו ברשותיה הוא רק שעדיין לא זכתה בהקנס דאי נימא דכוונת הירושלמי מחמת דבר שלא בא לעולם לכאורה אין זה פירכא דהא מקודם איתא בירושלמי דאמר ר"י אתיא דר"א בשיטת ר"ע רבו וכו' כמו שהעתקתי לשון הירושלמי לעיל ועל זה פריך הירושלמי ויש אדם מוחל וכו' ומחמת פירכא זו מסיק הירושלמי שם בשם רבא בשם רב חסדא בבשת ופגם · ולא נוכל לומר מה שאמר ר"א מפותה פטור מיירי לענין קנס כדאמר ר"י הא נוכל לומר דסובר ר' יוחנן כרב נחמן בן יצחק דאמר ביבמות (דף ל"ג ע"א) רב הונא כרב וכו' ור"א בר יעקב כר"ע דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כמו דאמר ר"י דאתיא דר"א בשיטת ר"ע רבו כמו דר"ע אמר יש להם קנס וקנסה לעצמה ה"נ אמר ר"א בשיטת ר"ע דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם · ולפ"ז אין דברי ר"י מפורכים ומדלא משני הירושלמי הך דברי ר"י · מוכח דהפירכא דפריך ויש אדם מוחל וכו' אף אי אמרינן אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ומוחל דבר שלא בא לעולם · מ"מ הא אין יכולה למחול הקנס כיון שעדיין לא זכתה בהקנס עד שעת העמדה בדין כמו שהוכיח הירושלמי מהא דתניא תמן עמדה בדין וכו' · לכן נראה דפירש הירושלמי הוא לפי שעדיין לא זכתה בהקנס לא שייך בה מחילה משו"ה אינה יכולה למחול כדכתבו התוספות בקדושין (דף ס"ג ע"א) ד"ה כגון וכו' לכך אומר ר"י דלא דמי דלגבי קדושין היינו טעמא דלא בעי למימר מעכשיו דהתם קדושין בכסף וקנין מעות לא מתבטל וכו' אבל הכא גבי שחרור של עבד וגבי שדה דהתם רוב קניינים בשטר ואם לא אמר מעכשיו הוה אמינא אם נתקרע השטר בתוך הזמן העבד לא יהיה משוחרר וגבי שדה נמי לא יהיה קנוי לו להכי נקט בשדה ובעבד ליבנא דמהני בכל ענין אפילו נקרע השטר והיינו כשאמר ליה מעכשיו וכה"ג כתבו התוספות ביבמות (דף נ"ג) ד"ה קנוי לך וכו' ובכתובות (דף פ"ב) ד"ה הא דאמר וכן כתב הרשב"א בקדושין שם והריטב"א בגיטין (דף מ"ה) ד"ה הכי דמי אמר רב נחמן בן יצחק וכו' משו"ה לא מהני מחילה קודם שנתחייב לו דבמה שיהיה ניקנית החוב להלוה בשבון מחילה כבר אזלא ליה קודם שנתחייב לו משו"ה לא מהני · משא"כ בחוב שלא הגיע זמנו כיון דכבר נתחייב לו דיש להמלוה שיעבוד הגוף משבא על הלוה אף קודם שהגיע זמן הפרעון משו"ה מהני מחילה בפרע שיעבוד הגוף וממילא יתבטל שעבוד הנכסים ולקמן אי"ה אבאר היטיב זאת הסברא :

גם ראיתי בביאורי הגר"א שם שהר"ן בתשובה הביא ראיה לדבריו ממה שאמרו בפ' גט פשוט (דף קע"א ע"ב) על הא דאיתא שם במשנה שהביא דשטרי המאוחרים כשרים דפריך הגמרא אי הכי שטרי הלואה נמי זימנין דיזיף בניסן וכתב ליה בתשרי ומתרמי ליה זוזי בניני ופרע ליה ואמר ליה הב לי שטראי וא"ל אירכס לי וכתב ליה תברא וכי מטי זמניה מפיק ליה וא"ל הני שטרא הוא דזיפא מנאי קסבר אין כותבין שובר כו' ואידנא דלא קא עבדינן הכי בתר דא"ל רב ספרא לספרים כי כתבתו הני תברי אי ידעיתו זמנא דשטרי כתבו אי לא כתבו סתמא דכל אימת דנפיק לרעיה כו' עכ"ל הגמרא · ואם איתא דיכול אדם למחול דבר שלא בא לעולם למה ליה להכי דוחקא דלא מרעיה לשטרא אלא מחמת הספק ואם יברר המלוה אימת נכתב השובר מפסיד הלוה לכתוב שטר מחילה מהיום ולהבא עיי"ש סי' כ"ג ותשובות הר"ן אין לי רק ראיתי בביאורי הגר"א · ולפענ"ד אינו מובן ראייתו דהא הר"ן סובר בכתובות בפ' ב' על הך סוגיא דאין נאמן לומר שטר אמנה במקום שחב לאחרים דהיכא דמשועבד מדר' נתן אפילו אם מחלו אינו מחול דהא משתעבדין ליה לקמא מדאורייתא ושעבודא דלוה גביה הוא עכ"ל · ולפ"ז האיך מביא ראיה דלא מהני מחילה בדבר שלא בא לעולם דהא יכול לכתוב שטר מחילה מהיום ולהבא דהא אולי הוא חב לאחרים מקודם ולא מהני מחילה כדכתב הר"ן בכתובות · ולהכי אמרינן בגמרא בב"ב כי כתביתו הני תברי וכו' אי לא כתבו סתמא דכל אימת דנפיק לרעיה דבזה מועיל אף אי חב לאחרים אף לדעת הש"ך בח"מ (סי' פ"ו ס"ק י"ד) דאם יכול הלוה לומר לא הייתי יודע שהמלוה חייב לך ופרע להמלוה שלו פטור מלפרוע דדוקא אם התרו בו שלא יפרע לשמעון כי שמעון חייב לו ואין לו נכסים ואח"כ מכר ראובן שכן הוא או פלוני מודה לו שידע שהוא חייב לראובן ושאין לו נכסים ואעפ"כ פרע לשמעון חייב לו לשלם לראובן דכיון דבשעת פרעון היה יודע שנשתעבד לראובן וראובן בע"ד דידיה הוא לא נפטר במה שפרע לשמעון עיי"ש בדבריו שכן מבואר בהדיא ושאר פוסקים סוברים דאף אם היה יודע שנשתעבד מדר' נתן מ"מ אם פרע פטור עיי"ש בש"ך מש"ה אמר רב ספרא לספריה כי כתביתו הני תברי וכו' · לפ"ז לא מוכח דלא מהני מחילה בדבר שלא בא לעולם · וגם נלפענ"ד דגם לפי שיטת הפוסקים שסוברים דיכול למחול אף היכא דמשתעבד מדר' נתן · מ"מ אינו יכול לכתוב שטר מחילה מהיום ולהבא כדכתב הר"ן אם נאמר דמהני מחילה בדבר שלא בא לעולם דהא פסק הש"ך בסי' ס"ו ס"ק י' דאם כתב בשטר וכל מי שמוציאו בין בא מחמתו או שלא נכתב בו שם המלוה כלל רק פלוני נתחייב לכל מי שמוציא שטר זה הרי זה נקנה במסירה לבד ואין המלוה יכול למחלו לאחר מכירה · ומשום זה אמר רב ספרא לספריה כדאיתא בגמרא דאינו יכול לומר להם שיכתובו שטר מחילה מהיום ולהבא משום דיש בה חלוקי דינים דלא מהני השטר מחילה דאם כתב בשטר לכל מי שמוציאו בין בא מחמתו או שלא נכתב בו שם המלוה כלל וימכור את השט"ח לאחר לא מהני מחילה מש"ה אמר להם בסתימות שיעשה אם לא ידעו זימנא דשטרי יכתבו בתברי סתמא לאימת דנפיק לרעיה · ולפ"ז אינו מובן ראיית הר"ן שהוכיח מהך דב"ב שאינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם · אך נלפענ"ד בחוב שלא הגיע זמנו יכול למחול לפי מה שכתב הרשב"א בגיטין (דף ל') ד"ה אם בא לחזור וכו' דהיכא אמרינן דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם היינו דוקא דבא לקבל מרשותו דמוכר אבל היכא דלית ליה לקבל מידי מרשותו דהדבר שבא לעולם אם יבא לעולם יבוא ברשות הלוקח יכול להקנות אף דבר שלא בא לעולם עיי"ש בדבריו שכן מבואר גם בהדיא וכן פסק הרש"ל גם להלכה · ולפי זה לכאורה מהני מחילה אף בדבר שלא בא לעולם לפי דברי הרשב"א דהא בעת שיהיה נקנה להלוה המעות שהלוה לו מחמת מחילה זו הוא ברשות הלוה ולפ"ז יכול למחול אף דבר שלא בא לעולם · רק נוכל לומר משום הכי לא מהני מחילה על דבר שלא בא לעולם רק היכא דלא נתחייב עדיין שכתב לו שטר מחילה על מה שהלוה ממנו אח"כ דבזה לא מהני מחילה כדכתבתי לעיל בשם התוספות בשם הראשונים דאפילו לרבי מאיר דסבירא ליה דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם מכל מקום אם נתבטל הקנין קודם שבא לעולם כגון שהקנין היה בשטר ונקרע השטר מודה רבי מאיר דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם · ומשום זה גם מחילה לא מהני אם עדיין לא נתחייב לו דהקנין מחילה כבר אזלא לה קודם שלוה ממנו דהיכא לאחר שאמר לשון מחילה נתבטל הקנין הזה · ואם ישקלו במאזני השכל יראו שכן הוא · ולכן בחוב שלא הגיע זמנו עדיין מהני לשון מחילה דהא ידוע לכל יודעי דת ודין ואין צריך שום ראיה לזה דיש להמלוה על הלוה שעבוד הגוף שמחוייב לשלם והשעבוד הגוף הוא גם בתוך הזמן שגופו משועבד לשלם כשיגיע הזמן לפ"ז אם מחל לו פקע שיעבוד הגוף וממילא נתבטל מה שיש שעבוד להמלוה על נכסי הלוה :

ובדברים

פרח יד

ובדברים האלו שכתבנו בפרח הקודם יתיישבו קושיות שער המלך בהלכות מכירה פרק כ"ב הלכה ט' שהקשה על המהרי"ק שורש פ"ט והבאתיו בפרח הקודם שמבואר שם במהרי"ק דפשיטא דלא חשיב חוב שלא הגיע זמנו לגבות דבר שלא בא לעולם עד שנאמר שלא תועיל בו מחילה קודם זמנו אלא חשיב דבר שבא לעולם מאחר שכבר נעשה השעבוד ונתחייב הלוה בקנין סודר דהוי כמשכנו ואע"פ שנתן לו זמן מ"מ דבר פשוט הוא שאין במשמעות הזה שיסתלק המלוה מגוף הממון כו' אלא מדין ודברים הוא דסליק נפשיה והביא ראיה מההיא דפרק ב' דכתובות אמר ר"י אמר רב האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן כו' ואוקמא אביי בדקאמר מלוה וכגון שכתב לאחרים והקשה התוספות שם וז"ל וא"ת ניהמניה במיגו דאי בעי מחיל ליה דהא מוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ואם איתא דבתוך זמנו אינו יכול למחול מאי ק"ל לוקמא כגון דאכתי לא מטי זמנו למגבי ביה דלא מצי מחיל ליה אלא ודאי פשיטא להו דמצי מחול אלו דבריו · והקשה על זה השער המלך שם שמדברי התוספות אין ראיה כלל משום דאף אם נאמר דאין אדם יכול למחול חוב שלא הגיע זמנו היינו למאי דקיי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכי היכי דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כך אין אדם מוחל דבר שלא בא לעולם וכמ"ש הר"ן בתשובה סימן כ"ג אמנם למאן דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם פשיטא ודאי דיכול למחול חוב שלא הגיע זמנו וכשם דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם ה"נ אדם מוחל דבר שלא בא לעולם וא"כ מבו"ה קשה להו להתוספות שפיר דליהמניה במיגו דאי בעי מחיל ליה משום דאוקימתא דאביי לתרוצי מילתא דרב יהודה אמר רב דאמר האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן הוא דאתא ורב ס"ל דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם כדאיתא בהדיא פרק האשה רבה (דף ל"ג) וא"כ אין ראיה מדברי התוספות כלל ותרוצו אינו מרווח לפענ"ד · ולפי מה שכתבנו בפרח הקודם ראיית המהרי"ק נכונה מדברי התוספות דכתובות הנ"ל דכוונת המהרי"ק הוא דאין לומר דחוב שלא הגיע זמנו לגבות מסתלק המלוה מגוף הממון עד שיגיע הזמן אלא מאחר שכבר נעשה השעבוד משועבד נכסיו משעת עשיית השטר ועל זה הביא ראיה מדברי התוספות דכתובות הנ"ל דמוכח מדבריהם מדהקשו ניהמניה במיגו דאי בעי מחיל ליה מוכח מזה דיש להמלוה שעבוד נכסים על הלוה אף בתוך הזמן דאל"כ לא מצי מחיל אפילו לרב דס"ל דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם כמו שכתבו התוספות בקדושין (דף ס"ג ע"א) ד"ה כגון והרשב"א שם והריטב"א בגיטין (דף מ"ה) וכן כתבו התוספות בכמה דוכתא והבאתי דבריהם בפרח הקודם שאף לר"מ דס"ל דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ אם נתבטל הקנין קודם שבא לעולם כגון שקנה בשטר דבר שלא בא לעולם ונקרע השטר אף לר"מ לא קנה עיי"ש בדבריהם שכן מבואר שם בהדיא · ולפ"ז אם נימא דאין להמלוה שעבוד נכסים על הלוה בתוך הזמן רק כשבא הזמן מתעורר השעבוד של נכסיו לפרע מהם מאי הקשו התוספות דיש להם מיגו דאי בעי מחיל הא נתבטל הקנין היינו המחילה קודם שבא לעולם היינו שהגיע הזמן ולא מהני מחילה · לכן הוכיח מהרי"ק מזה דיש להמלוה שעבוד על נכסי הלוה אף בתוך הזמן מבו"ה הקשו התוספות שפיר דליהמניהו במיגו דאי בעי מחיל ליה דכיון דמשועבד נכסיו אף בתוך הזמן לכן מהני מחילה · אך כבר כתבתי בפרח הקודם במה שאינו מובן ראיית המהרי"ק מדברי התוספות עיי"ש ואעפ"כ נלפענ"ד דמוכח מן הגמרא מכמה דוכתא דיש להמלוה שעבוד על נכסי הלוה אף קודם שהגיע הזמן לא מבעיא למ"ד דאית ליה שעבודא דאורייתא בודאי משועבד נכסי הלוה להמלוה אף בתוך הזמן דאל"כ היכי יכול לטרוף המלוה מן הלקוחות כמ"ש הקצה"ח בריש סימן קי"ב דצריך שיחול על גוף הנכסים השעבוד משעת כתיבת השטר · דאל"כ האיך יטרוף מן הלקוחות כיון שהם לא נתחייבו · אלא ודאי שחל השעבוד על גוף הנכסים משעת שלוה · אלא אפילו למ"ד שעבודא דרבנן בודאי מדרבנן תקינו שיהיו משועבד נכסיו משעת שלוה כמו שס"ל למ"ד שיעבודא דאורייתא · וגם מוכח מדיכול למכור שט"ח אף אם נימא דמכירת שטרות דרבנן מ"מ אם נימא דאין להמלוה שעבוד נכסים על הלוה קודם שהגיע הזמן לא היה יכול למכור שטר אף מדרבנן דמכירת השטר השיעבוד נכסים שיש להמלוה על הלוה זאת מוכר ללוקח כי השעבוד הגוף אינו יכול למכור כמ"ש הריטב"א והרא"ש והר"ן בפ' הכותב על הך דאמרינן שם בגמרא (בדף פ"ה ע"ב) הא דאמר שמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחל עכ"ל הגמרא וכתבו דהטעם הוא מפני מה יכול למחול בשם ר"ת לפי ששני שעבודים יש למלוה על הלוה שעבוד גופו של לוה שהוא מחוייב לפרוע והוא עיקר השיעבוד ושיעבוד על נכסיו אם לא יפרע מדין ערב דנכסוהי דאינש אינון ערבין ליה ושיעבוד שיש להמלוה על גוף הלוה לאו בר מכירה הוא ואינו מוכר אלא שיעבוד הנכסים לבד ואע"פ שאינו נמכר לא פקע אבל כי חזר ומחלו ופקע שיעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד הנכסים שאינו אלא מדין ערב עכ"ל·וזה דבר פשוט שיכול למכור אף בתוך הזמן כדהוכיח המהרי"ק שם מהך קריבתיה דרב נחמן דזבינתה לכתובתה בטובת הנאה וכו' דאיתא בכתובות שם ובפ' אע"פ (דף נ"ז) והבאתי ראיות המהרי"ק בפרח הקודם באר היטיב לפ"ז מוכח דמשועבד נכסי הלוה להמלוה אף בתוך הזמן :

ולפ"ז אף אם נימא כדברי שער המלך שם שהשיג על המשנה למלך שכתב בפ' ד' מהלכות אישות הלכה ז' דהיכא דאינו מחוסר מעשה אלא זמן כגון בקטן שקידש ואמר הרי את מקודשת לאחר שאגדיל דהלין הקדושין כיון דאינו מחוסר אלא זמן וזמן ממילא קא אתי לא חשיב דבר שלא בא לעולם דדוקא אם קידש לאחר שתתגייר או לאחר שתתגיירי אינו מקודשת דמחוסר מעשה דגירות · וכתב על זה השער המלך וז"ל אתמהה איך לא זכר דברי המהרי"ק ז"ל הנלו דמשמע בהדיא דס"ל דאפילו במידי דאינו מחוסר אלא זמן חשיב ליה דבר שלא בא לעולם · מדהוצרך לומר דלא חשיב חוב שלא הגיע זמנו דבר שלא בא לעולם כדי שנאמר שאינו יכול למחול מטעמא דכבר נעשה השיעבוד ושיעבוד נכסיו מעכשיו נגמע דאם נאמר דמגוף הממון סליק נפשיה עד אשר יגיע הזמן הוה ליה דבר שלא בא לעולם ולא מהני ביה מחילה אע"ג דאינו מחוסר אלא זמן · וזמן ממילא קא אתי אפי"ה חשיב דבר שלא בא לעולם · גם מוהרלנ"ח בח"א סי' כ"א כתב בתוך התשובה עוד תירץ דהחולק על מוהר"ם וס"ל דטענת מחילה הוי טענה מעליא לפטור את הלוה אפשר דס"ל דמחילת חוב שלא הגיע זמנו לא הוי מחילה משום דהוה דבר שלא בא לעולם זה תורף דבריו · וא"כ אף אם נימא כדברי השער המלך היכא דמחוסר זמן לא מקרי דבר שלא בא לעולם מ"מ יכול למחול החוב קודם שהגיע הזמן כיון דהוכחתי מכמה דוכתי בגמרא דיש להמלוה שיעבוד על נכסי הלוה אף בתוך הזמן לפ"ז מוכח דגם יש להמלוה על הלוה גם שיעבוד הגוף אף בתוך הזמן דנכסי דבר אינש רק אינון ערבין ליה כמו שהוכחתי מפ' גט פשוט הנ"ל ומשם הראשונים הנ"ל ואם אינו משועבד גוף הלוה בתוך הזמן להמלוה גם נכסיו אינן משועבדים לו דעל מה נכסי הלוה ערבין יהיה אם אין כאן שיעבוד הגוף כדאמרינן בפ"ק דקדושין מנה אין כאן משכון אין כאן מבו"ה מהני מחילה אף קודם שהגיע הזמן · ובשגם כי לפענ"ד אינו מוכח מדברי המהרי"ק ומוהרלנ"ח הנ"ל דמחוסר זמן הוי כדבר שלא בא לעולם שלא כדברי שער המלך דאף אם נימא דחשיב כדבר שבא לעולם אי אמרינן דאינו משועבד נכסי הלוה בתוך הזמן כמו שהוכיח המהרי"ק לא מהני מחילה דהא כתבו התוספות בכתובות (דף פ"ב ע"א) ד"ה הא דאמר וכו' על הך דאמרינן שם אמר ר' יוחנן האומר לחבירו לך ותבוך פרה זו ולא תהי' קנוי לך אלא לאחר שלשים יום לאחר ל' יום קנה ואפילו עומדת באגם התם בידו הבא לאו בידו

והא כי אתא רבין אמר ר"י לא קני לא קשיא הא דאמר ליה קני מעכשיו הא דלא אמר ליה קני מעכשיו וכתבו התוספות על זה בד"ה הא וכו' דבכסף בודאי לא בעינן מעכשיו דהוי כאילו הכסף בעין לאחר שלשים אבל הכא גבי משיכה אם לא אמר מעכשיו לא קנה לאחר שלשים יום דבשעת קני' כבר פסקה המשיכה עכ"ל· וגבי משוך פרה וכו' בודאי דבר שבא לעולם ואפ"ה כתבו התוספות ושארי מפרשים וכן פסק הש"ע בח"מ ס' קצ"ז סעיף ז' ועיי"ש בסמ"ע ס"ק ט"ז ובש"ך ס"ק ג' דאם נתבטל הקנין קודם הזמן שחל הקנין לא קנה אף כשהגיע הזמן כגון לאחר כלות שלשים יום והוא הדין נמי גבי מחילה אף אם נימא כדברי המשנה למלך דמחוסר זמן לא חשיב כדבר שלא בא לעולם אפי"ה הי אמרינן כדסליק אדעתא דמהרי"ק דקודם שהגיע הזמן נסתלק המלוה מגוף הממון שהלוה דהוה כמו שנתן להלוה במתנה עד זמן שהוקבע ביניהם לא מהני מחילה קודם שהגיע הזמן כיון שנתבטל הקנין דהיינו המחילה קודם שהגיע הזמן שאז חל המחילה· וגדולה מזה כתב הבעל דברי המשפט בסי' רי"א ס"ק ג' דאף שכתב מבי"ט (הביאו בש"ך בסי' שי"ב ס"ק ג') אם הבית מושכר לאחד יכול המשכיר להשכיר הבית לאחר דהשכירות יחול אחר דיכלה זמן שכירות של הראשון מ"מ יכול המשכיר לחזור קודם דכלה זמן שכירות דראשון· דהא מבואר בב"מ (דף ס"ו ע"ב) דרב הונא סובר אם מכר פירות דקל קודם דבא לעולם יכול לחזור ומבואר אף לר"מ דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ קודם שבא לעולם יכול לחזור א"כ אף לדידן דקיי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אבל מ"מ יכול להשכיר לאחר אף דעתה מושכר הוא לראשון מ"מ כיון דזמן ממילא אתי אינו דבר שלא בא לעולם ויכול להשכיר לאחר דיחול השכירות אחר דיכלה שכירות דראשון אבל קודם דכלה זמן שכירות דראשון יכול לחזור לפי דבריו· מכ"ש אם נתבטל הקנין קודם שהגיע הזמן שאז חל הקנין דלא קנה אף כשהגיע זמנו· ולפענ"ד דבריו אינם מובנים לי דמה הוצרך להביא ראיה מדרב הונא הא משנה שלמה בקדושין ריש פ' האומר דאיתא שם וכן האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום ובא אחר וקדשה בתוך שלשים יום מקודשת לשני בת ישראל לכהן תאכל בתרומה עכ"ל המשנה שם ואמרינן שם בגמרא לא בא אחר וקדשה בתוך שלשים מהו רב ושמואל דאמרי תרווייהו מקודשת ואע"פ שנתאכלו המעות וכו' עכ"ל הגמרא· והתם בודאי דבר שבא לעולם ואפילו הכי יכולה לחזור בתוך הזמן מכ"ש דיכול המשכיר לחזור קודם דכלה זמן שכירות הראשון· וכיון שכן אף אם נימא דמחוסר זמן חשיב כדבר שבא לעולם מ"מ אם נתבטל הקנין קודם שהגיע הזמן בודאי לא קנה אף כשהגיע הזמן כיון דיכול אף לחזור קודם שהגיע הזמן ולפ"ז הוצרך המהרי"ק להביא ראי' דמהני מחילה בתוך הזמן:

ומה שכתב עוד השער המלך שם שהראי' שהביא הרב המשנה למלך ז"ל ממה שכתב רש"י פ' ההולך (דף ל"ד) ההיא דאמרינן התם אמר רב עמרם אמר רב בשופעת מתוך שלשה עשר לאחר שלשה עשר לאחויינהו כמבואר מדברי רש"י ז"ל שם דקטן יכול לקדש ואומר הרי את מקודשת לכשאגדיל השבר לומר לדעת מוהרי"ק ז"ל דס"ל דרש"י לא כתב כן אלא אליבא דרב משום דרב לטעמיה דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם והאומר לאשה הרי את מקודשת לאחר שאתגייר הוי מקודשת· ומה גם שמדברי רש"י פ' האומר דקדושין (דף ס"ב ע"ב) ד"ה כמאן אזלא נראה שדעתיה לפסוק כר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם כמ"ש לעיל בדין ה'· אמנם למאי דקיי"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ה"נ דאינה מקודשת משום דהוי דבר שלא בא לעולם אע"ג דאינו מחוסר אלא זמן· ולפענ"ד ראיות המשנה למלך נכונה מכמה טעמים· הדא כיון דכבר כתבתי בפרקים הקודמים דאף לפי מאי דאמר רב עמרם אמר רב בשופעת וכו' מוקמינן ג"כ דקדשינהו ע"י שליח כדאמרינן בגמרא שם מעיקרא בשלמא וכו' דהך בשלמא קאי ג"כ אף לפי המסקנא עיי"ש לפ"ז אף דילפינן בריש פ' האיש מקדש דאדם יכול לעשות שליח מגיטין ומקדושין וכדומה היינו דוקא בדבר שבא לעולם אז מהני השליחות כמו שהוא בעצמו עושה דמכל הפסוקים שאנו למדין מהם שיכולים לעשות שליח הוא דבר שבא לעולם· משא"כ לעשות שליח בדבר שלא בא לעולם כגון שעשה שליח לקדש אשה לאחר שתתגייר אף לר"מ דס"ל דאם קידש הוא בעצמו לאחר שתתגיירי הלין הקדושין מ"מ אם קידש ע"י שליח באופן זה גם ר"מ מודה דאינו מקודשת דהא גם לר"מ אינו שוין דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם דהא יכול לחזור קודם שבא הדבר לעולם· שנית דבגמרא שם ביבמות מוקמינן מקודם דמתניתין אתיא כר"מ ואח"כ אמרינן ואי בעית אימא באיסור בת אחת ואליבא דר"ש וכו' ופריך הגמרא אליבא דהך אי בעיה אימא ועל זה משני אמר רב עמרם אמר רב בשופעת וכו' לפ"ז משמע דלהך אי בעית אימא לא מוקמינן המתניתין דאתיא כר"מ· דאל"כ לא מצרכינן לאוקמא דמתניתין אתיא כר"ש דבלאו הכי ניחא כתירוצא קמא של הגמרא. ולפ"ז לא נוכל לומר דהא דמשני רב עמרם בשם רב בשופעת וכו' הוא אזיל לשיטתו דפוסק כר"מ דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כדברי השער המלך דאם נאמר כן כיון דסוף סוף צריכין אנו לאוקמא דהמתניתין אתיא כר"מ למה מצרכינן לאוקמי דהמתניתין אתיא כר"ש כיון דבלאו הכי אתיא כר"מ אמאי חזר הגמרא בהך אי בעית אימא מתירוצא קמא· גם מה דמוכח ממתניתין דסוברת איסור כולל ואיסור מוסיף בבת אחת הלין זה על זה ג"כ אתיא כר"מ ולא יהי' צריכין השתא לאוקמי כר"ש· אלא ודאי דהא דמשני רב עמרם בשם רב בשופעת וכו' אליבא הך איבעית אימא אזלא אף אליבא דרבנן דס"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ולפ"ז לא מצרכינן לומר להך אוקימתא דאיבעית אימא דמתניתין אתיא כר"מ כלל מבו"ה מוקי הגמרא כהך איבעית אימא דאתיא כר"ש דאין אנו מצרכין לומר דאתיא דוקא כר"מ· ולפ"ז ראיות המשנה למלך נכונה דמחוסר זמן לא הוי כדבר שלא בא לעולם לשיטת רש"י שפירש שם בהך דאמר רב עמרם אמר רב דאם קידש קטן שיהיה הלין הקדושין לכשאגדיל דהלין הקדושין· וכיון שישבתי ראיות המשנה למלך נכונה הוא שרש"י סובר דמחוסר זמן לא חשיב כדבר שלא בא לעולם· ומה שכתב המשנה למלך שהתוספות ביבמות שם חולקים על דברי רש"י כבר כתבתי לעיל בפרקים הקודמים שהתוספות יכולים ג"כ לסבור כרש"י וגם כבר הבאתי לעיל שהריטב"א בחידושיו בפ"ק דגיטין גבי דין מעמד שלשה סובר ג"כ כדעת רש"י. וכן דעת מהרי"ט אלגזי בבכורות (דף מ"ט) ומה שכתב השער המלך שמהרי"ק ומוהרנ"ח ס"ל דמחוסר זמן חשיב כדבר שלא בא לעולם כבר כתבתי בפרק זה דאין מוכח מדבריהם כלל· לפ"ז בודאי מהני מחילה בחוב שלא הגיע זמנו דהוה כדבר שבא לעולם כיון דהוא מחוסר זמן וזמן ממילא אתי מכש"כ לפי דעת בעל המאור שסובר דמלוה חשיב כדבר שבא לעולם לדידיה בודאי מהני מחילה:

פרח טו

דז"ל בעל המאור בב"ק בריש פרק שור שנגח ד' וה' פרק רביעי על הך סוגיא דהוקש לחבירו וכו' מה שהביא הרי"ף ז"ל ראיה לדבריו גזל ולא נתייאשו הבעלים וכו' לא זו הדרך ולא זו השביל דלא אמרינן אינו ברשותו בדבר שאינו מסרב ליתנו לו וכו'· וכתב על זה הרמב"ן אמר הכותב ותמה על עצמך היאך אדם יכול להקדיש מלוה שלו שאינה לא ברשותו וכו' לפ"ז מוכח דבעל המאור ס"ל דאדם יכול להקדיש מלוה שלו ואי אמרינן דמלוה חשיב כדבר שלא בא לעולם היאך יכול להקדיש· ולפ"ז בודאי יכול למחול החוב קודם שהגיע הזמן כדברי המהרי"ק שורש פ"ט שהבאתי בפרק הקודם· ומה שהשיב עליו הרמב"ן שם ואי ס"ד דבר שברשותו מקרי כיון שאין הלוה מסרב ליתן אמאי קיי"ל דהלואה לא מקניא במתנה

בריא

בדיא אלא במעמד שלשתן כדאיתא בפרק מי שמת הא איתא נמי בשטר דמטבע נקנה ביה ובמעמד שלשתן נמי מדינא לא הוה מצי למקני לה והלכתא בלא טעמא הוא · אף שאני אנכי באשכים ראשי בין שני אריות האלו מ"מ אכתוב מה שנראה לפענ"ד בזה ולא יהיו רק בדרך פילפול בעלמא · דאיתא בב"ב (דף קכ"ד ע"ב) רב נחמן אמר גבו מעות יש לו גבו קרקע אין לו ופירש רשב"ם גבו קרקע בחוב מלוה אביהן אין לו לבכור פי שנים דמעות הלוהו ולא קרקע אבל גבו מעות יש לו שהרי מעות הלוהו ובמעות חשבינן ליה מוחזק אליבא דשלחו מתם · והיינו כאתמר כו' וכתב ע"ז השיטה מקובצת שם ואני מוסיף טעם על דבריהם דרב נחמן סבר כיון דיהב זוזי ודעתו סמיכה עליהן ועיקר פרעון במעות והכל שיש לו מעות אי אפשר לסלקו בקרקע ואפילו הלוה מעותיו באחר היו כופין אותו לטרוח ולמכור ולהביא מעות דאלמא כשם שנתן מעות דעת שניהם להשיב ליה מעות לפיכך סובר ר"נ שאם יש לחלק בדעת דנהרדעי דלא חשבינן מוחזק אלא כנגד מה שנתן דהיינו עיקר המלוה אבל לא הריבית · גם בעיקר הסוגייא י"ל דעיקר חזקתו וסמיכת פרעונו על המעות היה כנ"ל עכ"ל והכי הי' בדעת אוסיף עוד טעם על פי מאי דאיתא בב"מ (דף ק"ד ע"ב) רבא אמר להכי קרו ליה עיסקא דאם מת לא יעשה מטלטלין אצל בניו ופרש"י בד"ה להכי וכו' שתהא קיימת תמיד ומתעסק בה ויסמכו עליה בעלים שלא תנתן לבעליהם אם מת לוה יגבה ולא תעשה כמטלטלין שלהן דכיון דצריכה להיות קיימת סמיכתו עליה כמקרקעי וכו' עכ"ל והתוס' רי"ד בקדושין (דף מ"ז ע"א) ד"ה ומר וכו' מה שפירש המורה שלא ניתנה להוציאה בהוצאה אלא להעמידה בעיסקא בתחת מצוי' בכל עת שתתבענו · הרי חזינן דאיכא מאן דאמר דסובר שמלוה דינה כעיסקא ואף שכתב התוספות רי"ד שדבר זה רחוק הוא אין הדעת נ"ל שזאת רחוק הוא בעיניו לומר שתהא מצויה בכל עת שתתבענו · אבל זאת נוכל לומר שאינו רשאי להוציאה המלוה לצרכו עד שיהיו מצוי' בידו לשלם ממקום אחר ובעין זה כתב הפ"י בקדושין שם בהדיא דטעמא דמ"ד דמלוה לאו להוצאה ניתנה משום דחייב להעמידה תמיד בעיסקא והרי היא תמיד ברשות המלוה המעות או העיסקא שקנו תחתיו · ולפ"ז טעמא דרב נחמן דסובר בב"ב הנ"ל דגבו מעות נוטל הבכור פי שנים אליבא דשלחו מתם לא מבעי אי סובר דמלוה לאו להוצאה ניתנה אלא מחויב שיהיה המלוה תמיד מצוי' בעיסקא לפ"ז לא הוה ראוי כמו שאינו נעשה עיסקא מטלטלין אצל בניו דחשבינהו להמלוה מוחזק · אך זהו דוקא כשגבו מעות דאז חשבינן ליה שהלוה שלוחו של מלוה להוציאם בעיסקא וכשיגיע עת הזמן פרעון ימכור העיסקא או שיקח העיסקא שיהי' שלו ויתנם המעות כמו שלוה משא"כ כשגבו קרקע שעבר על דעת המלוה שדעתיה היו בעת שהלוה שישלם לו דמים לפ"ז מה שהוציא מעות המעות שלוהו לא הוציאם כפי דעת המלוה ואינו שלוחו על זה ואדעתיה דנפשיה הוציאם הלוה לכן לא הוי המלוה כמוחזק אם גבו קרקע כיון דהמעות שלוה כבר אינו בעולם לכן לא הוי כמוחזק · ואף אם נאמר דרב נחמן ס"ל אליבא דשלחו מתם דמלוה להוצאה ניתנה ג"כ נראה לי לפי דברינו אף שיכול הלוה להוציא הדמי הלואה לצרכו מ"מ אינו רשאי להוציאם עד שיכין בלבבו הפך אחר שיגבה ממנו המלוה את חובו ומשום זה הוי כמו שהקנה ההפך הזה להמלוה שיגבה מאתו המעות שהלוה ואינו חשיב כדבר שלא בא לעולם [כדכתבו התוספות בגיטין (דף כ"ו ע"א) ד"ה דנוי הגנה וכו' ודברינו אלו עולה גם לפי תירוץ השני של התוספות שם עיי"ש והו"ק] ואף אם נימא דרשאי הלוה להוציאם אף אם לא הכין בלבבו הפך אחר שיגבה ממנו המלוה את חובו · מ"מ זהו בודאי שאינו רשאי להוציאם עד שלפי אומדן דעתו יהי' לו מה לשלם להמלוה ושיעבד את עצמו שמה שיהי' לו לפי אומדן דעתו שלא יוציאם וישלם אותם לבע"ח או שיהי' משעבד את גופו לשכור את עצמו לפועל לשלם חובו · אף שפסק בשו"ע ח"מ סימן צ"ז סעיף ט"ו דאין כופין את הלוה שישכור את עצמו לעשות שום מלאכה כדי לפרוע

וכתב על זה הבאורי הגר"א בס"ק מ"ד כמה שאמרו בקדושין י"ח ע"א בבגדותו ולא כו' ועיין בכתובות ס"ג ע"א בתוספות ד"ה באומר וכו' וכאן אפילו ר' אליעזר מודה הרא"ש בתשובה ועיין סמ"ע וב"ש לפירש ר"ת וראיה לדבריו ממה שאמרו שם באומר איני כו' ולא קשיא שאין לו לזון עכ"ל · מ"מ נ"ל דבודאי לכתחילה אינו רשאי המלוה להוציא דמי הלואה לצרכו אם אין לו אומד הדעת שיהי' לו בודאי לשלם להמלוה דמי הלואתו ממקום אחר עד שמשעבד את גופו שישכור את עצמו לפועל כדי לשלם להמלוה דדוקא אם כבר הוציא הדמי הלואה והי' לו במה לשלם ממקום אחר ואח"כ הופר מחשבתו ואין לו במה לשלם אז אינו מחויב להשכיר את עצמו לפועל לשלם להמלוה · ולפ"ז כיון שאין הלוה רשאי להוציאם עד שיהי' לו מוכן ממקום אחר לשלם וגמר בדעתיה להקנות את הדבר הזה להמלוה וזה מהני אף שלא דברו מאומה עם המלוה בעת שהקנה לו את החפץ שיפרע ממנו · או שמשעבד את גופו להשכיר את עצמו לפועל · מ"מ חל הקנין על הכלי והשיעבוד הגוף של הלוה אל המלוה כעין שכתבו התוספות בבכורות (דף י"ח ע"ב) ד"ה הקנוי' קא מקני ליה מקום בחצירו ואפילו בלא קנין קא קני דגמר ומשעבד נפשיה עכ"ל והתם מיירי בהדיא שלא דבר בעה"ב אם הרועה שהקנה לו המקום בחצירו ואעפ"כ כתבו התוספות דמהני מה שגמר בלבו לשעבד נפשיה להקנות לו המקום בחצירו · ומשו"ה אם גבו מעות נוטל הבכור פי שנים בהמלוה דהוה כמו שהוחזק אביהן שהוא המלוה בדמי הלואה · ולפ"ז אף לדידן דלא קיי"ל כרב נחמן בזה · מ"מ לכל הפחות מלוה חשוב כדבר שבא לעולם דלא מבעיין פלוגתא רחוקה שלרב נחמן אליבא דשלחו מתם חשבינן אם גבו מעות כמו שאביהם היו מוחזק בדמי הלואה ולא הוה ראוי כלל ולדידן יהי' נחשב המלוה כדבר שלא בא לעולם · וכ"ת היכא מחשבינן שאביהן היו מוחזק בדמי הלואה היינו דוקא כשגבו היתומים מעות · אבל היכא שגבו קרקע סובר ג"כ רב נחמן דאין הבכור נוטל פי שנים משום דהוה ראוי כדאמרינן שם בב"ב הנ"ל והבאתיו לעיל · הא בעת שלא הגיע הזמן הפרעון אינם יודעים אם ישלם להמלוה במעות או בקרקע ומשום זה נוכל לומר דמלוה חשוב כדבר שלא בא לעולם · אך זהו אינו דהא בעת שמת אביהם ג"כ לא היתה ידוע אם ישלם הלוה להיתומים מעות או יגבו נהם קרקע ואי אמרינן דבתוך הזמן חשוב מלוה דבר שלא בא לעולם משום דאינו ידוע במה ישלם · א"כ לא הי' אביהם מוחזק בהמלוה בעת שמת ולמאי נוטל הבכור פי שנים דבעינן דוקא שיהי' אביהם מוחזק כדאמרינן בגמרא שם בהדיא · אלא ודאי כמ"ש השיטה מקובלת שם כיון דיהב זוזי ודעתיה סמיכה עליהם ועיקר פרעון במעות דכל שיש לו מעות אי אפשר לסלקו בקרקע עיקר חזקתו וסמיכות פרעונו שבודאי ישלם לו מעות עיין בדברינו לעיל שהבאתי לשון השיטה מקובלת כפי הצורך · ולפ"ז אף בתוך הזמן חשבינן להמלוה מוחזק בהמלוה לרב נחמן ולכל הפחות לדידן אף בתוך הזמן חשבינן לה כדבר שבא לעולם כדי שלא יהיו רחוק מקצה אל הקצה · וכיון שבררנו שסברת הבעל המאור בב"ק הנ"ל נכונה במוכח כדבריו מכך דכ"כ הנ"ל פתח נכון לתרץ מה שהשיג הרמב"ן עליו בם דמאי הוצרך לתקן מעמד שלשה מהמת דליכא שום קנין במלוה שיכול למכור המלוה הא קיי"ל דמטבע נקנית באגב · ולפ"ז היה יכול להקנות המלוה להלוקח את המלוה בקנין אגב · דיש לתרץ דאף לפי מאי שכתבנו דמלוה חשוב כדבר שבא לעולם אף בתוך הזמן · היינו משום דכתב השיטה מקובלת בב"ב הנ"ל דעיקר סמיכתו של המלוה וגם עיקר הפרעון הוא במעות לכן חשבינן להמלוה אף בתוך הזמן כמו בהמלוה מוחזק לרב נחמן משא"כ במוכר המלוה עיקר סמיכתו של הלוקח שישלם לו בקרקע לפי מה שכתב הסמ"ע בריש סימן ק"א דאם הלוה יש לו מעות אינו יכול לשלם להמלוה רק במעות כיון דהלוה לו מעות רק כיון שהלואה להוצאה ניתנה אמרינן דמתחילת הלואה יתב נפשיה מזה דלעת שיגיע זמן הפרעון לא יהי' בידו בודאי המעות ועיקר סמיכת דעתו הי' על הקרקעות משום הכי אינו יכול להשביע שאין לו מעות

וכ"ש שאינו יכול להכריחו שימכור מטלטלין או קרקעות שלו וישלם לו מעות · ולפי דבריו נראה לי דאם מכר המלוה להלוקח אינו צריך הלוה לשלם להלוקח במעות אף אם יש לו מעות · דכיון דמתחלת הלואה נתייאש המלוה שישלם לו במעות ועיקר סמיכותו על הקרקעות בעת שמקנה המלוה להלוקח גמר בדעתיה של הלוקח שישלם לו בקרקע · דבשלמא גבי המלוה כיון דהלוה לו מעות שיעבד נפשיה שישלם לו מעות ושיעבוד הגוף שיש לו על הלוה אינו יכול למכור כמ"ש הש"ך בריש סימן ס"ו בשם הריטב"א והרא"ש והר"ן בריש פרק הכותב ובשם ר"ת דהיינו טעמא דיכול למחול המוכר להלוה אף שמכר המלוה לאחר לפי ששני שיעבודים יש למלוה על הלוה שיעבוד גופו של לוה שהוא מחויב לפרוע והוא עיקר השעבוד ושעבוד על נכסיו אם לא יפרע מדין ערב דנכסוהי דאיניש אינון ערבין ליה ושעבוד שיש למלוה על גוף הלוה לאו בר מכירה הוא ואינו מוכר אלא שעבוד נכסים לבד ואע"פ שאינו נמכר לא פקע אבל כי הדר ומחלו ופקע שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד הנכסים שאינו אלא מדין ערב עכ"ל · נמצא לפ"ז שאינו מוכר רק שעבוד נכסים וזאת אינו נכסיהן דאינש אינון ערבין יתיה שימכר נכסיו וישלם לו במעות דוקא אם אין לו מעות כמו שמבואר בסימן ק"א ובכמה דוכתא · ולפ"ז אין צריך לשלם להלוקח במעות דוקא אף אם יש לו דכיון שמשעבוד הגוף אינו נמכר לו ומשום הכי חשיב גבי לוקח מלוה דבר שלא בא לעולם דלא שייך היינו טעמים שכתבתי אליבא דרב נחמן בב"ב הנ"ל שחשבינן אליבא דידיה כמו שהמלוה מוחזק במעות הלואה כמובן · ואפ"ה מחויב לשלם הלוה ליתומים מעות דוקא כיון דהמה כרעי דאבוהי דהמה יורשין כל הזכות שיש לאביהן כמו שאין צריך לכתוב דאקני בשטר לגבי היתומים דכמו שחל השעבוד על הנכסים דאקני לגבי הלוה כן חל השיעבוד דאקני על יתמי הלוה דהמה קמו תחת אביהם ה"נ לגבי יתמי המלוה ג"כ עומדים במקום אביהם שמחויב הלוה לשלם להם במעות דוקא אם יש לו · ולפ"ז יצא לנו דין חדש שאינו מחויב הלוה לשלם להלוקח המלוה במעות דוקא אף אם יש לו · אבל ליתמי המלוה צריך לשלם במעות דוקא אם יש לו וגם בלאו הכי לגבי לוקח לא חשיב המלוה כדבר שבא לעולם דכיון דאינו יכול למכור המלוה להלוקח רק שיעבוד הנכסים ולא שיעבוד הגוף שיש לו על הלוה כמו שכתבתי לעיל בשם הריטב"א והרא"ש והר"ן ובשם ר"ת ונכסי הלוה שמשועבדים להמלוה אף לגבי המלוה חשיב כדבר שלא בא לעולם כדאיתא בפסחים (דף ל"א) לפי מאי דקיי"ל כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה אם הקדיש המלוה או זבין נכסי הלוה המשועבדים לו אינו חל ההקדש ולא המכירה דחשיב לגביה מלוה נכסי המשועבדים לו כדבר שלא בא לעולם · לפ"ז כש"כ לגבי הלוקח שלא נקנה לו רק מה שמשועבד נכסי הלוה להמלוה בודאי לגבי דידיה חשיב נכסי הלוה כדבר שלא בא לעולם · גם הקשה הרמב"ן על בעל המאור לפי מאי דסובר דמלוה חשיב כדבר שבא לעולם ויכול המלוה להקדיש וז"ל ועוד אמרו המקדש במלוה אינה מקודשת וכן במקח וממכר אלמא כדבר שלא בא לעולם דמיא לענין הקדש נמי דבר שלא בא לעולם הוא וק"ו הדברים עכ"ל · וראיתי בקצה"ח סימן ר"א ס"ק ה' שכתב בסה"יה זו מהא דמקדש במלוה נראה תמוה וכו' משום דבר שלא בא לעולם אתינן עלה · התם טעמא דמילתא משום דלא יהיב לה מידי ואינה אלא הנאה מחודשת דהכא יהיב לה ומהאי טעמא מקדש אותה במלוה דאחרים אי לאו משום דלא סמכה דעתה דמוחל וכדמוכח בפרק האיש מקדש (דף מ"ח) עיי"ש . ונראה דהוא לפי מ"ש הר"ן שם בפרק האיש מקדש טעמא דמילתא דמקדש במלוה דידה אינה מקודשת ואילו במלוה דאחרים מקודשת הוא משום דמלוה לאו כסף מקרי ולא שוה כסף הוא אלא מילי בעלמא ומיהו במלוה דאחרים דעתה אהנאה דאית לה בגווה והנאה מיהו הוי אבל במלוה דידה סתמא לאו דעתה אהנאה עיי"ש · ולפ"ז נכון דברי הרמב"ן במה שכתב ראיה דמלוה דבר שלא בא לעולם כיון דהזינן דמקדש במלוה דידה

אינה מקודשת וטעמא משום דלא הוי כסף ולא שוה כסף אלא מילי בעלמא א"כ ודאי אינו יכול להקדישו כיון דאינו אלא מילי בעלמא כל זמן שלא נגבה · ולפענ"ד דאף למאי שכתב הקצה"ח גם כן ראיות הרמב"ן אינו מובן דמאן מרא דשמעתא בקדושין (דף מ"ז) דסובר המקדש במלוה אינה מקודשת משום דמלוה להוצאה ניתנה הוא רב ורב סובר ביבמות (דף נ"ג) דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם ולפ"ז אם נאמר דהיינו טעמא דרב דמקדש במלוה אינה מקודשת משום דבר שלא בא לעולם יהיה קשה הא רב סובר דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכן למאי דאמרינן שם בקדושין בע"ב נימא כתנאי התקדשי לי בשטר חוב או שהי' לו מלוה ביד אחרים והרשה עליהם ר"מ אומר מקודשת וחכמים אומרים אינה מקודשת האי שטר חוב היכי דמי כו' אלא לאו שטר חוב דידה ובמקדש במלוה קא מפלגי כו' פירש דר"מ סובר דמקדש במלוה דידה מקודשת וחכמים סוברים דאינה מקודשת ומסיק הגמרא שם דנוכל לומר דר"מ סובר ג"כ דמקדש במלוה דידה אינה מקודשת דפליגי במלוה בשטר ובמלוה על פה דאחרים עיי"ש בגמרא · אבל במלוה דידה אף ר"מ סובר דאינה מקודשת · ואם נימא כדברי הרמב"ן דהטעם דסובר רב דמקדש במלוה אינה מקודשת משם דמלוה חשיב כדבר שלא בא לעולם יהיה קשה אמאי הדר הגמרא מלומר דר"מ סובר דמקדש במלוה דידה מקודשת הא מוכח מדוכתא אחריתא דר"מ סובר דהמקדש במלוה דידה מקודשת דהא איתא בכמה דוכתא בש"ס דר"מ סובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וגם מפשטא סוגיות הגמרא שם בקדושין משמע דלא מצינו שם תנא שסובר דמקדש במלוה דידה דמקודשת ולפי דברי הרמב"ן הא איכא כמה תנאי דמונה הגמרא ביבמות (דף נ"ג) ובשארי דוכתא דסברי אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ולדבריהם אם קידש במלוה דידה מקודשת · לכן נ"ל דלא מבעי לשיטת התוספות והרבה מן הראשונים דמלוה דאחרים ה"ל הנאה מחודשת משום הכי מקודשת ובמלוה דידה אין לה הנאה מחודשת א"כ אפילו למאן דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ אינה מקודשת במלוה דידה כיון דלא יהיב לה מידי השתא · ואף לפי שיטת הרמב"ן דסובר דמלוה חשיב כדבר שלא בא לעולם ומש"ה המקדש במלוה אינה מקודשת כמו שפירש הקצה"ח את דבריו דסובר כפירש הר"ן בקדושין שם אפילו הכי אף מאן דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ אי חשבינן מלוה דבר שלא בא לעולם כדברי הרמב"ן אינה מקודשת לכ"ע אם קידש במלוה דידה דלא עדיף לר"מ ולשארי תנאים דסוברים כוותיה דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם מדבר שבא לעולם דהנה מדבר שבא לעולם לא מצינו בשום דוכתא שיהיה נקנה מרשות זה לרשות חבירו כי אם על ידי קנין המועיל בה משום זה כש"כ אף אם נימא אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ אינו יוצאת מרשות זה לרשות חבירו כי אם על ידי קנין המועיל בה · ולפ"ז לפי דברי הרמב"ן דחשיב מלוה דבר שלא בא לעולם דהוי רק מילי בעלמא כמו שפירש הקצה"ח דבריו אינו נתפסת בקנין שיהיו נקנית המלוה להאשה המתקדשת מחמת שהקדושין שקידש אותה המלוה במלוה דידה כיון דהוי אלא כמילי בעלמא דלהוצאה ניתנה · וזה הדבר אינו צריך ראיה דאין שום קנין האשה בזה המלוה במה שקידש אותה לכן לא הוי קדושין כיון דאינו נקנית לה המלוה מחמת הקדושין שקידש אותה והוי כאילו לא יהיב לה מידי · משא"כ אי אמרינן מלוה לאו להוצאה ניתנה והוי כברשות המלוה נקנית המלוה להאשה המתקדשת על ידי מה שקידש אותה דהוי כמו שנתן לה כסף וקידשה אותה דאז בודאי חל הקדושין משום הכי אמר רב דמקדש במלוה אינה מקודשת · אף דלכאורה היה לנו לומר דמקודשת כיון דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם לכן אמר בטעמו דאינה מקודשת משום דמלוה להוצאה ניתנה והוה רק מילי בעלמא לכן אינה יוצאת המלוה מרשות המלוה מחמת שקידש אותה לפ"ז הרמב"ן שפתיו ברור מללו דמשום הכי המקדש במלוה אינה מקודשת

משום

משום דחשוב מלוה דבר שלא בא לעולם · ומשום זה הוי רק מילי בעלמא ואינו תופס הקדושין אפילו לרב ולר"מ דסוברים אדם מקנה דבר שלא בא לעולם : ואף שיישבתי שדברי הרמב"ן נכונים הם בטעמם מה שהביא ראיה מהא דסובר רב דהמקדש במלוה אינה מקודשת מוכח מזה דמלוה השוב כדבר שלא בא לעולם מ"מ שיטת הבעל המאור בב"ק שם ג"כ נכונה היא דבעל המאור יפרש כפירש התוספות והרבה מן הראשונים דשם דמלוה דאחרים ס"ל הנאה מחודשת ובמלוה דידה אין לה הנאה מחודשת א"כ אין ראיה כלל משם דמלוה ס"ל דבר שאינו ברשותו · וכיון שיישבנו דברי בעל המאור יכולין לומר דמלוה חשיב דבר שבא לעולם · לפ"ז יכול למחול המלוה להלוה קודם שהגיע הזמן כדברי המהרי"ק שורש פ"ע לשיטת המשנה למלך שסובר בפ' ד' מהלכות אישות דין ז' דקטן יכול לקדש ולומר הרי את מקודשת לכשאגדיל לפי שיטת רש"י בפ' האולך (דף ל"ד) ואף שכתב המשנה למלך שהתוספות שם חולקין על דברי רש"י כבר בררתי בפרחים הקודמים שגם התוספות יכול לסבור כשיטת רש"י ומה שהקשה השער המלך בפ' כ"ב מהלכות מכירה הלכה י"ט שמדברי מהרי"ק ומוהרנ"ח מוכח מדבריהם שאינם סוברים כשיטת המשנה למלך כבר בררתי בפרחים הקודמים שגם המה יכולים לסבור כדברי המשנה למלך וגם כתבתי שדעת הריטב"א בגיטין על הך סוגיא דמעמד שלשה מוכח בהדיא שסובר כדעת המשנה למלך וגם הבאתי לעיל שמהרי"ט אלגזי בבכורות (דף מ"ע) סובר ג"כ כדעת המשנה למלך · ולפ"ז בודאי יכול למחול חוב קודם שהגיע זמנו · והמהרי"ק שורש פ"ע דהוכיח מדברי הרמב"ם בפ' כ"ב מהלכות מכירה וז"ל מי שהיה לו פקדון ביד אחד מקנהו במכר או מתנה לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא וכו' אבל המלוה הואיל ולהוצאה נתנה אינה בעולם אין אדם יכול להקנותה אלא במעמד שלשתן עכ"ל דדוקא במלוה על פה קאמר אבל במלוה בשטר מודה הוא לכל הפחות דיכול למחול דהא לא הימא הכי יקשה עליו מכמה מקומות בתלמוד דמוכח דיכול למחול ואפילו מוכר שט"ה להבירו וחוזר ומוחל לו מחיל · ולפ"ז במלוה על פה קודם שהגיע זמנו אינו יכול למחול · ומה שהוכיח עוד המהרי"ק שם דפשיטא דאפילו במלוה על פה מודה הרמב"ם דיכול למחול כדמוכח בהדיא פ"ק דקדושין (דף ט"ז) דפריך תלמודא גבי ע"ע נקנה בשטר וכו' למה לי שטרא לימא ליה באפי תרי זיל ומשני רבא ע"ע גופו קנוי ליה משמע בהדיא דמחילה דמלוה על פה אינה צריכה קנין דאפילו אם תמצא לומר דעבד עברי הנקנה בשטר חשיב שעבודו כמלוה בשטר מ"מ יקשה לך דלוקמיה בע"ע הנקנה בכסף בלא שטר כדמשמע ליפנא דברייתא דהתם · דבריו אינם מובנים לי הדא דלא מהרץ דברי הרמב"ם פ' כ"ב מהלכות מכירה והבאתיו לעיל שהוכיח מזה דמלוה על פה אינו יכול למחול קודם שהגיע זמנו כמו שהבאתי לעיל דבריו דבפ"ק דקדושין לפי דבריו מוכח איפכא · שגית דבפ"ק דקדושין אינו מוכח מהתם דמלוה על פה קודם שהגיע זמנו יכול למחול דהא התם השיעבוד שיש ליה על העבד עברי מכורה לו אף בתוך הזמן שיהי' שלו בשעה בו מלאכתו לפיכך פריך הגמרא למה לי שטרי לימא ליה באפי תרי זיל והוצרך רבא לשנות דע"ע גופו קנוי משא"כ בחוב שלא הגיע זמנו כיון דהשיעבוד של נכסי הלוה אינם נחשבים כשלו בתוך הזמן לפי מאי דקי"ל כרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה בפסחים (דף ל"א) עיי"ש משו"ה אינו יכול למחול השיעבוד דנוכל לומר כמו שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם כך אין אדם יכול למחול דבר שלא בא לעולם · ומה שהוכיח עוד המהרי"ק שם מדברי הרמב"ם עצמו שכתב בהלכות זכיה ומתנה פ"ג וז"ל מהל להבירו חוב שהיה לו עליו או נתן לו הפקדון שהיה לו אצלו הרי זו מתנה הנקנית בדברים עכ"ל · הרי לך בהדיא דיכול למחול חוב שלא הגיע זמנו דפשיטא שאין להעמידם דוקא בחוב שיש עליו שטר דאם כן היה לו לרבינו משה לומר בהדיא חוב שיש עליו שטר ולא הוה ליה למנקט חוב סתמא דמשמע דאפילו חוב שבעל פה דפשיטא

שלא בא הרמב"ם לסתום אלא לפרש · כן נ"ל לפענ"ד כוונתו אף שאין זה לשונו ממש · גם זה אינו מובן לי דהא הוא בעצמו כתב מקודם דאין להעמיד דברי הרמב"ם בפ' כ"ב מהלכות מכירה דוקא בלא הגיע הזמן הפרעון עדיין דהא ע"כ בהגיע זמנו מיירי דומיא דפקדון דכל שעה יכול להוציאו דברשותו דמרא איתא כל היכא דאיתא ועלה קאמר אבל מלוה וכו' משמע דבמלוה דומיא דפקדון מיירי ואין חילוק בין מלוה ולפקדון אלא דמלוה להוצאה נתנה משא"כ בפקדון כדקאמר אבל המלוה הואיל ולהוצאה נתנה עכ"ל · ולפ"ז לא מוכח מדברי הרמב"ם בהלכות זכיה ומתנה דיכול למחול חוב שלא הגיע זמנו שהרי גם שם כלל מלוה ופקדון ביחד וכתב על זה בכלל בשמה נקנים בדברים בעלמא · ולפ"ז מיירי במלוה שהגיע זמנו ולא מוכח מידי משם דיכול למחול חוב קודם שהגיע הזמן · וגם לכאורה לפי דברי המהרי"ק דמוכח מהרמב"ם מהלכות זכיה הנ"ל דיכול למחול אף במלוה על פה יהיו סתרי דברי הרמב"ם הדדי · דמתחילה הוכיח המהרי"ק מדברי הרמב"ם דהלכות קנין דאינו יכול למחול מלוה על פה דבהדיא משוי המהרי"ק מחילה לקנין כשם שאין יכול להקנות מלוה על פה כך אין יכול למחול עיין בדברינו לעיל שהעתקתי דברי המהרי"ק · וכדי ליישב דברי המהרי"ק שלא יהיה מוקשים כל כך אמרתי דכל ראיות המהרי"ק דמלוה על פה יכול למחול כשהגיע זמן הפרעון וממילא אנו מבינים דאף בשלא הגיע הזמן הפרעון יכול למחול כדמוכח מהראיות שמביא לעיל המהרי"ק שאין חילוק בין הגיע הזמן הן לא · אך כעת הביא המהרי"ק ראיה דלכאורה מוכח מדברי הרמב"ם בהלכות קנין דאינו יכול למחול במלוה על פה אף בהגיע הזמן כדהוכיח המהרי"ק · לכן מביא ראיה דבמלוה יכול למחול לכל הפחות בהגיע הזמן · וגם מדברי הרמב"ם דהלכות זכיה ג"כ מוכח דיכול למחול במלוה על פה לכל הפחות בהגיע הזמן ואינו סותר דברי עצמו מה' קנין הנ"ל דהרמב"ם מחלק בין קנין למחילה דבשלמא במחילה יכול למחול אף במלוה ע"פ דמוחל שיעבוד הגוף שיש לו על הלוה והשיעבוד הגוף של הלוה להמלוה אף בתוך הזמן פרעון כדהוכחתי לעיל באריכות עיי"ש · משא"כ כשמקנה המלוה לאחר אינו יכול למכור רק שיעבוד הנכסים שיש לו להלוה כדכתבתי לעיל בשם הרבה ראשונים והשיעבוד נכסים הוא דבר שלא בא לעולם כדכתבו התוס' בפ"ק הספינה (דף ע"ו ע"ב) ד"ה קנה וכו' והבאתיו לעיל לכן אין נקנית רק במעמד שלשתן · והמהרי"ק קצר בדבריו וסמך על המעיין שיפרש את דבריו כן · ולדברי בעל המאור שהזכרתי בראש הפרח יכול המלוה להקדיש המלוה דמיקרי דבר שבא לעולם אף בתוך הזמן כדהוכחתי מבבא בתרא (דף קכ"ד) הנ"ל · ולפי זה מוכח מדברי בעל המאור שסובר כדעת המשנה למלך שמחוסר זמן לא הוי כדבר שלא בא לעולם לפ"ז אין אנו צריכין לפרש הסוגיא דכתובות (דף נ"ט) מתקיף לה רב אבי מי דמי התם לעבד שנים מיהא בידו לפדותה הכא אין בידה לגרש את עצמה דמשום הכי יכול להקדיש המשכנתא משום מינו כמו שיכול להקדיש גוף השדה כן יכול להקדיש הפירות אף שבתוך עשר שנים הוא שייך להמלוה עיין בדברינו בסוף פרח י"א באריכות הדברים פירש של אופן זה · ואם נאמר דלא כבעל משנה למלך שמחוסרון זמן הוה כדבר שלא בא לעולם ע"כ צריכין לפרש באופן זה דהא"ב הקשה הא בתוך עשר שנים הוא שייך להמלוה ואיך יכול הלוה להקדיש אף שלאחר עשר שנים בידו לפדותה מ"מ חסרון זמן הוא והוה כדבר שלא בא לעולם · אך כיון דהוכחתי דעיקר הדין כדברי הבעל משנה למלך כמבואר בדברינו בפרחים הקודמים וגם בפרח זה אפש קלהו שלא כדברי השער המלך בהלכות מכירה הנ"ל בדברינו לכן יכולים לפרש האתקפתא דרב אבי דכתובות הנ"ל כפשטיה כפירש המשנה למלך משו"ה יכול הלוה להקדיש משום דלאחר עשר שנים בידו לפדותה אף דחסרון זמן הוא מכל מקום הוה כדבר שבא לעולם · ולפ"ז יכול להשכיר הלוה המשכנתא אף בתוך עשר שנים כמו שסובר המבי"ט שיכול

המשכיר להשכיר לשני כשיכלה זמן השכירות שמושכרת לראשון עיין בדברינו לעיל בסוף פרח י"ב ובפרחים הקודמים ואף בתוך ימי המשכנתא יש קנין למלוה בגוף השדה כמו שהוכחתי סוף פרח י"א מב"מ (דף ס"ז) עיין שם ובפרחים הקודמים בדברינו בארוכות מ"מ יכול להשכיר הלוה לאחר אף בתוך ימי המשכנתא כמו שסובר המבי"ט שיכול המשכיר להשכיר לשני בתוך זמנו של ראשון דהא גם בשכירות יש להשוכר ג"כ קנין בגוף השדה המושכרת לו לפי דעת הרבה פוסקים היינו הרא"ש בתשובות והרשב"א ומהר"ם והריטב"א והרמב"ם הביאם הבעל מחנה אפרים בהלכות שכירות סי' ה' ועיין בדברינו בפרח ד' באות י"ב בארוכות · ולפ"ז בין במשכנתא ובין בשכירות יש להמלוה או להשוכר קנין בגוף השדה והוה כמו שותפים עם הבעל הבית והוכחתי זאת בפרחים הנ"ל בראיות ברורות · ולפ"ז אינו קשה מה בקשיא לן בסוף פרח י"א איך למדו דשכירות יש בו משום דינא דבר מצרא כמו במשכנתא משום דאין חילוק בדיניהם בין שכירות למשכנתא כמו שהמשכיר יכול להשכיר בתוך ימי השכירות הראשון כך הדין דיכול הלוה להשכיר המשכנתא בתוך הזמן המושכנת להמלוה ובפרט לפי מאי דאיתא בב"מ (דף ק"ח ע"א) אמר רב יהודה אמר רב האי מאן דאחזיק ביני אחי וביני שותפי כו' נהרדעי אמרי אפילו משום דינא דבר מצרא מסלקינן ליה משום וכו' וכן פסק בח"מ בריש סי' קע"ה דהשותף יכול לסלק משום דינא דבר מצרא · וה"נ השוכר והמלוה המושכן לו יכול לסלק לאחר כיון שיש להם קנין בגוף השדה כמו הבעל הבית והוה כמו שותפים שיש בהם משום דינא דבר מצרא :

דינים היוצאים מפרח הזה

א דאם מכר המלוה השטר חוב אינו צריך הלוה לשלם להלוקח השטר חוב במעות ויכול לסלקו בקרקע אף אם יש לו מעות :

ב ליורשי המלוה צריך לשלם דוקא במעות אם יש לו ואינו יכול לסלקו בקרקע :

ג דהדין כדעת המשנה למלך דחסרון זמן לא הוה כדבר שלא בא לעולם שלא כדברי השער המלך ולכן קטן שקידש שיהא חלין הקדושין לאחר שיגדיל מקודשת :

ד דיכול המלוה למחול מלוה ע"פ אף בתוך הזמן :

פרח טז

ונ"ל להביא ראיה לדברי הפוסקים היינו הרא"ש בתשובות והרשב"א ומהר"ם והריטב"א והרמב"ם שהזכרתי בסוף הפרח הקודם · דיש להשכיר קנין בגוף הדבר שהשכיר והביאם הבעל מחנה אפרים בהלכות שכירות סי' ה' מהא דאיתא במשנה ב"מ (דף ל"ה ע"ב) השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר כו' · גמרא : א"ל רב אידי בר אבין לאביי מכדי שוכר במאי קני להאי פרה בשבועה וגימא ליה משכיר לשוכר דל אנת ודל שבועתך ואנא משתעינא דינא בהדי שואל א"ל מי סברת שוכר בשבועה הוא דקא קני לה משעת מיתה הוא דקני ושבועה כדי להפיס דעתו של בעה"ב וכו' עכ"ל הגמרא · ולכאורה צריכין להבין אימת קא קני ליה השוכר להך פרה אי נימא כפשוטו דלאחר מיתה הוא דקני לה יקשה לנו איזה קנין עושה השוכר לאחר מיתת הפרה ובמאי קנה גם אם נימא דלאחר מיתה הוא קני לה מפני מה ישלם השואל להשוכר פרה מעליא שלא בעת שחי' הפרה לא היתה של השוכר אימת קני לה לאחר מיתה יכול לומר השואל להשוכר הרי שלך לפניך ואם נימא בקונה השוכר את הפרה כשתחיה שהקנה כשיארע אונס בהפרה יהי' שלו בעת שתחיה שעשה קנין בהפרה כשהיתה חיה קשה לן עוד קושיא אחרת שהרי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אלא ודאי דקנה השוכר הפרה בעת שהיתה חי' והרי היא שלו בעודה בחיי'

לכן צריך לשלם השואל להשוכר כשמתה (עיין בקצה"ח סי' ש"ז ס"ק ב') · אך צריכין אנו לבאר באיזה זמן הקנה המשכיר להשוכר את הפרה ולא נוכל לומר דלאחר שהשכירה הקנה לו · הלא בעת ההיא לא דיבר מאומה השוכר עם המשכיר ואין קנין אלא מדעתו של המשכיר אלא ודאי בשעה שהשכירה המשכיר להשוכר דקנה לו הפרה · דבאופן אחר לא שייך שום שכירות כיון דלא קנה לו גוף הפרה והוה כמו שהקנה פירות דקל לחבירו דאינו נקנה עיין בב"ב (דף קמ"ז ע"ב) אמר רבה אמר רב נחמן שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה כו' וכן פסק בחו"מ בריש ס' רי"ב · לכן צריכין לומר בעת שהשכיר לו הקנה לו את הפרה לפירותיו ואז הוה כמוכר דקל לפירותיו דקני כמבואר בגמרא ב"ב. ובה"מ הנ"ל האף שלא יתן המשכיר להשוכר בפירוש את גוף הפרה מ"מ הוה כמו שהקנה בפירוש · דהא כל מילי דשומרים כל שומר ושומר לפי דין הכתוב בתורה משעבד את נפשו האף שלא דיבר השומר עם הבעה"ב כלום עבור זה אמרינן דמסתמא שיעבד נפשו והשוכר ג"כ הוא מד' שומרים וכן כתבו התוס' בכתובות (דף נ"ו ע"א) בד"ה הרי זו כו' בסוף הדיבור א"נ שאני התם דחייבתו תורה שומר שכר על שלוקח שכר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה הלכך במקום שאין משעבדים א"ע פטורין וכהאי גוונא כתבו התוספות בבכורות (דף י"ח ע"ב) ד"ה דאקני' אפילו שלא קנין קא קני דגמר ומשעבד נפשיה וכו' עכ"ל · ולפ"ז קנה השוכר גוף הפרה לפירותיו אף שלא הקנה המשכיר בפירוש את גוף הפרה לפירותה מ"מ אמרינן דסתמא כפירושן כמו דאמרינן בשאר דיני שומרים דסתמן כפירושן · וגם נוכל לומר כיון דאין אפשר לשכירות בלא קנין גוף הפרה לפירותיה אמרינן דאין אדם מוציא דבריו לבטלה והוה כמו שהקנה בפירוש וגמר והקנה לו · ולפ"ז אם מתה הפרה קנה השוכר את הפרה בעודה בחייה בעת שהשכירה הקנה לו המשכיר אף שלא הקנה לו בפירוש כיון דהשוכר פטור לשלם אם מתה לכן צריכין לומר דהפרה היא של השוכר אם מתה דהוה כמו שאמר המשכיר להשוכר בפירוש קנה פרה זו מעכשיו אם מתה דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ יכול להתנות על הדבר שלא בא לעולם כדפסק הרמ"א בח"מ סי' ר"ט סעיף ה' ועיין בביאורי הגר"א שם בס"ק ל' שהביא כמה ראיות לדין זה ואחד מהם מיומא (דף י"ג) הרי זה גיטך על מנת שתמותי על מנת שתמות אבירתך גבי גט עיי"ש לכן צריך השואל לשלם פרה מעליא להשוכר דהשואל ג"כ מקנה המשאיל לו גוף הפרה לפירותיה כמו בשוכר דהשואל ג"כ הוא משתמש גוף הפרה כמו השוכר ואין המשאיל יכול לחזור עד שיכלה ימי שאלתה ואם לא הי' להשואל קנין בגוף הפרה לא הי' נקנה לו דהוה כמו שהקנה פירות דקל דלא קנה · קיצור הדבר דלא נוכל לחלק בין שואל לשוכר · וכמו בשוכר הוכחתי דקנה לו גוף הפרה כן שואל ג"כ יש לו קנין בגוף הפרה מפני טעמים הנ"ל · אך בזאת יש חילוק דשואל לפי שכל הנאה שלו ואין להמשאיל שום תשלומין לכן אם מתה הפרה כיון דקנה השואל גוף הפרה הפרה של שואל הוא דמתה והשואל מחויב להחזיר את הפרה לכן מחויב השואל לשלם פרה הי' להמשאיל משא"כ בשוכר כיון דמשלם להמשכיר עבור הנאה מה שמשתמש בפרה שלו הוה כמו שמכר לו את הפרה דשכירות ליומי ממכר הוא ועיין בב"מ (דף נ"ו ע"ב) והאי נמי ביומי מכירה הוא ועיין בתורת חיים שם שמביא כמה דעות מהראשונים דשכירות ליומי ממכר הוא לכמה דינים וחולקים על התוספות שאינם סוברים כשיטתם וכל הראשונים שהזכרתי בריש הפרח ג"כ חולקים על דברי התוספות הנ"ל עיין בדבריהם לכן פטור מלשלם אם מתה ואם השאילה לאחר שוכר ת"ק דמחויב השואל לשלם להמשכיר ולפ"ז מוכח מהגמרא הנ"ל כדברי הרא"ש בתשובותיו והרשב"א ומהר"ם והריטב"א והרמב"ם שהזכרתי בריש הפרח דיש קנין להשוכר ולהשואל בגוף הפרה · וכ"ת כיון דהשאיל השוכר לאחר את הזכות שיש לו בהפרה הזו להמשכיר פקע מכירתו היינו

השכירות

השכירות כיון דכל זכותו נתן לאחר וסילק את זכותו מה שהיה לו בהפרה למה צריך השואל לשלם להשוכר אם מתה הרי השוכר ביטל את שכירותו ומחל להמשכיר · זה אינו דלא ביטל את שכירותו דהא נשאר לו ג"כ זכות בהפרה, אם רצה השואל להחזיר את הפרה בתוך ימי שאלתה שאינו צריך לו עוד דבע"כ אינו מחויב לשמור עיין בחידושי הר"ן על ב"מ (דף נ"ט) ד"ה כדרך וכו' שמבואר מדבריו מדברי הרא"ה ז"ל שהזכיר שם שאף אם נאמר דשואל יש לו קנין בגוף הדבר שהשאילה לו מ"מ אם רצה לחזור לרשות הבעלים בתוך ימי השאלה בע"כ של משאיל הרשות בידו · ולא אמרינן כיון שיש להשואל קנין בגוף הדבר לא נפטר עד שיקנה מחדש להמשאיל לפ"ז. לא יכול להחזיר לרשות הבעלים בע"כ של בעלים דלא מצינו קנין בע"כ והרבה מזה כתבנו בפרחים הקודמים ועיי"ש · וכיון דרצה השואל להחזיר בתוך ימי השאלה הרשות בידו ובודאי הדין שמחזירה להשוכר · כי ממנו שאל אותה · לפ"ז נשאר לו זכות להשוכר בגוף הפרה אף שהשאיל אותה לאחר ולא פקע את זכותו שלא ביטל את שכירתו ·

כתבתי זאת לפי שראיתי להבעל מחנה אפרים בהלכות שכירות סימן ג' שכתב שם · שאם ראובן שכר בית משמעון לחודש אחד והשאילו ללוי לאותו זמן ונשרף הבית · וטען ראובן שיחזור לו השכירות מזמן שנשרף הבית ואילך · ושמעון טוען לאו בעל דברים דידי את אחר ששאלת אותה ללוי לא נשאר לך זכות בבית · וכיון שכן בנידון דידן שחזר ראובן והשאיל הבית ללוי כבר פקע זכותו דראובן מהבית דשאלה ליומי ממכר הוא תו לא מצי ראובן לתבוע משמעון שיחזור לו השכר מזמן שנשרף הבית ואילך · וכתב עוד והלכך לא מצי השתא לתבוע לו שיעמיד לו בהמה לתמנין יומי שהמשכיר א"ל כבר זכיתי בשכרי מעת שבא לידי ואח"כ כשחזרתי ושאלתי אותה ממך מחלת לי על שיעבוד השבעים יום שנשתעבד בה. אני כו' עכ"ל ולפענ"ד נראה דשכירות של השוכר אף בהשאיל לאחר הפרה השכורה לו מ"מ לא ביטל את שכירותו ולא מחל זכותו להמשכיר · דאל"כ אמאי משלם השואל להשוכר הא כבר פקע שכירותו של השוכר משעה שהשאילה · ולזה הסברא אפילו ר"י מודה דאף דפליג על הת"ק ואמר שאינו משלם השואל להשוכר הוא מטעם אחר כמ"ש התוספות דפליגי ת"ק ור"י בדברי המקשה והמתרץ שבגמרא והרא"ש כתב טעמא דר"י משום דהשיב שוכר כאילו השאילו בשליחות המשכיר הלכך דין המשכיר עם השואל ואם נאמר כיון דהשאילה לאחר פקע שכירותו של השוכר אצל המשכיר אמאי צריך לכתוב הרא"ש הטעם שהשוכר הוא שלוחו של המשכיר הא אפילו בלאו הכי כיון דכבר מחל זכותו אצל השוכר לכן משלם השואל להמשכיר · אלא ודאי אף בהשאילה לאחר לא ביטל את שכירותו אף לר' יוסי לכן כתבו טעמים שוים מפני מה סובר ר' יוסי דהשואל משלם להמשכיר · ועיין בהגהות אבר"י שם · ובשאר המפרשים :

וביותר אינו מובן לי מה שהביא המחנה אפרים ראיה לדבריו מההוא דפרק המפקיד (דף ל"ה ע"ב) דאמר ר' זירא פעמים שהבעלים משלמין כמה פרות לשוכר ה"ד דאגרא מיניה מאה יומין והדר שאלה מיניה תשעים יום והדר אגרא תמנין יומי והדר שיילא מיניה שבעים יומי ומתה בתוך ימי שאלתה דאכל שאלה ושאלה מחייב חדא פרה ע"כ · ופירש רש"י ז"ל דמחויב להעמיד לו הד' פרות שתים נחלטות ליה בשביל שתי פרות שהשאיל לו · ושתים על שתי שכירות לעשות אלו עשרים יום עכ"ל · והשתא יש לדקדק דאמאי לא חשיב עוד דאם מתה הבהמה בתחילת השבעים יום שיעמיד לו פרה אחרת לעשות מלאכה שבעים יום · וכ"ת הרי השאילה לו לשבעים יום · ואם היתה קיימת היה עושה אצל בעלים שהוא השואל מ"מ נימא ליה להבעלים כיון דנהי כלתה שאלתך ואתה חייב להעמיד לי השכירות דאינה לשכירות אלא מתחילה ועד סוף ומתרץ הקושיא הזו

דלפי דבריו יהיה ניחא דהכא איירי כשהקדים לו השוכר השכירות מקודם · והלכך לא מצי השתא לתבוע לו שיעמיד לו בהמה לתמנין יומי שהמשכיר א"ל כבר זכיתי בשכרה מעת שבא לידי ואח"כ כשחזרתי ושאלתי אותה ממך מחלת לי שיעבוד השבעים יום שנשתעבד בה אני זה תוקף דבריו כי קצרתי · ולפי מה שהוכחתי אינו מובן לי דבריו דהא דאר"ז פעמים וכו' הוא אליבא דת"ק קאמר ות"ק בודאי סובר דאף שהשוכר השאילה לאחר מ"מ לא מחל את השכירות שלו להמשכיר כדכתבתי לעיל והקושיא שלו הוא קושיות המחנ"א · ולפענ"ד לתרץ בטוב טעם דלעולם לא ביטל השוכר את שכירותו להמשכיר והא דלא קחשיב עד דאם מתה הבהמה בתחילת השבעים יום שיעמיד ליה פרה אחרת לעשות מלאכה שבעים יום משום דעבור המעות של השכירות שנתן השוכר להמשכיר עבור זה נתן המשכיר חלף משכורתו שיכול לעשות מלאכתו בהפרה שלו וזה הנאה מועטת אך הוא שוה כפי ערך התשלומין של השוכר וכיון דהשוכר השאילה לבעלים ומתה דהדין נותן דאליבא דת"ק שהבעלים שהוא שואל משלם פרה מעליא שיהי' נחלטת להשוכר שיהי' שלו לגמרי · ולפ"ז יש להשוכר הנאה מרובה יותר ממה שיכול לעשות מלאכתו בהפרה ויהי' חוזרה הפרה אצל המשכיר לאחר שיכלה זמן השכירות · לכן הבעלים שהם מכונים בשם שואל אינם צריכין להעמיד פרה שיעשה השוכר מלאכתו כיון דהם נותנים לו חלף דמי משכורתו פרה מעליא שיהי' נחלטת לו יש בכלל מאתים מנה שממילא שלמו הבעלים להשוכר חלף דמי משכורתו מה שצריכין להעמיד לו פרה שיכול לעשות בה מלאכתו · לכן ניחא אמאי דלא חשיב עוד דאם מתה הבהמה בתחילת השבעים יום שיעמיד לו פרה אחרת לעשות מלאכה שבעים יום · והא דעושים הבעלים שתי פרות לעשות בהם עם כל אחת ואחת עשרה ימים כדאיתא בגמרא שם · התם היינו טעמא דהוא אגר מיני' מאה יומי והדר שיילי' מיני' תשעים יומי נמצא לפ"ז דאף דהבעלים משלמים פרה מעליא שיהי' נחלטת לו אם מתה בתוך ימי השאלה של התשעים יום מ"מ צריכין עוד להעמיד לו פרה אחרת שיעשה מלאכתו עשרה ימים דבעבור השכירות עשרה ימים אינם משלמים הבעלים כלום דהפרה הנחלטת שמשלמים להשוכר הוא עבור השכירות של התשעים יום דהשאלה רק על תשעים יום · לכן הפרה שנותנים לו שיהי' שלו הוא ג"כ תשלומין עבור השכירות של התשעים יום · לפ"ז העשרה ימים עבור זה לא שלמו הבעלים להשוכר כלום לכן צריכין הבעלים להעמיד פרה אחרת שיעשה בה מלאכתו לעשרה ימים הללו · וכעין כגון זה ניחא מה דמשלמים הבעלים עוד פרה להשוכר שיעשה בה מלאכתו עשרה ימים ממאי דהדר-אגר מיני' תמנין יומי והדר שאלה מיניה שבעים יומי ומתה דעל עשרה ימים הללו לא שילמו הבעלים להשוכר כלום כמו שכתבתי לעיל על העשרה ימים הראשונים :

פרח יז

ועוד נראה לי להביא ראיה להפוסקים הנזכרים בריש פרח הקודם היינו הרא"ה בתשובות והרשב"א ומהר"ם והריטב"א והרמב"ם דס"ל דהשוכר והשואל יש להם קנין בגוף הדבר המושכרת או מושאלת להם מהא דגרסינן בסנהדרין (דף ע"ב) אמר רב הבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור מאי טעמא בדמים קנינהו אמר רבא מסתברא מילתא דרב בשבירה דליתנהו אבל נטל לא והאלקים אמר רב אפילו נטל דהא יש לו דמים וגזלנו חייב אלא ברשותו קיימא הכא נמי ברשותו קיימא ולא היא כי אוקמינא רחמנא ברשותו לענין אונסין אבל לענין מקנא ברשותיהו דמרייהו קיימי מידי דהוה אשואל · ולכאורה צריכין להבין דברי הגמרא וגם מאי שכתבו התוספות בכתובות (דף נ"ו ע"א) ד"ה הרי זו בסוף הדיבור דהיינו טעמא דמשלמין הד' שומרים דמסתמא משתעבדים כל אחד ואחד לפי דינו הכתוב בפרשה זה תוקף דבריהם

אמאי

אמאי מדמה הבא במחתרת לשואל דבשלמא גבי שואל להכי קיימי ברשותו לענין אונסין דמשעבד השואל את עצמו לשלם כשיארע אונס. אבל בא במחתרת דלא שיעבד את עצמו שישלם אם יארע אונס בהחפץ שגנב דאדרבה בדעתו לגנוב את החפץ שיהי' שלו לגמרי · אמאי משלם אם נאנסו אלא ודאי דקנה הגנב הבא במחתרת את החפץ שיהיו שלו לגמרי · לכן אין צריך לשלם אם נאנסו דאם אבד אבד לו שנסתחפה שדיהו של הבא במחתרת · וכ"ת דמדמה הגמרא בא במחתרת לשואל דכי היכי דשואל חייב באונסין משום שכל הנאה שלו אוקמינהו רחמנא ברשותיה לשלומי אם נאנס דכל כמה דקיימי הדרא בעינא · וה"נ הבא במחתרת כל הנאה שלו ומחויב לשלומי וכן משמע לכאורה מפירש"י שם עיין שם בד"ה אבל לענין מקני וכו' · דלא נוכל לומר כן· דהא כתב הרשב"ם בב"ב (דף קל"ז ע"ב) דמתנה על מנת להחזיר אם מת בתוך הזמן דפטור מלשלם דלא הוי שואל להתחייב באונסין ואף לא שומר להתחייב בגניבה ואבידה אלא מקבל מתנה הוא ולא נתחייב אלא בפשיעה · ואם נאמר דטעמא דשואל מחייב באונסין משום שכל הנאה שלו אמאי מתנה ע"מ להחזיר אינו חייב באונסין הא ג"כ כל הנאה של המקבל מתנה . אלא ודאי דהא דשואל חייב באונסין אין מן הטעם דכל הנאה שלו · ואף לדעת הרא"ש בסוכה פ"ג סימן כ"ט דבמתנה ע"מ להחזיר חייב המקבל מתנה באונסין אין הטעם משום דכל הנאה שלו אלא כתב שם טעמא אחרינא · וגבי דשואל לא הוי מיהו כנפקד ושולח יד בפקדון שלא ברשות הוי גזלן ואע"פ שברשות ירד הוא ביטל אותו רשות כשלא קיים תנאו ועשה א"ע גזלן למפרע (ועיין בח"מ סימן רמ"א סעיף א' ובסמ"ע שם ובביאורי הגר"א שם) · לכן נראה לפענ"ד דהיינו טעמא דמחייב שואל באונסין דבשעה שהשאילה להבעלים הקנה לגוף הבהמה לפירותיו כמו שכתבתי בפרח הקודם · לפיכך אם מתה בהמה של שואל מתה והואיל דהשואל מחויב להחזיר לבעלים לכן מחויב לשלם פרה חיה להמשאיל דנסתחפה שדיהו של שואל אם מתה אבל אם נאמר דשואל אין לו קניה בגוף הבהמה וכשמתה הבהמה בהמה של משאיל מתה אמאי מחויב באונסין דלא נ"ל דמשום הכי חייב דשיעבד א"ע לשמור את הבהמה שלא יארע אונס וכשיארע אונס ישלם · הא השואל לא דבר עם הבעה"ב כלום עבור זה רק דין תורה הוא בהשואל משעבד א"ע ומסתמא שיעבד א"ע כדכתבו התוספות הנ"ל · ובכל מקום אמרינן דאונס רחמנא פטריה ולמה חייבה התורה כאן אלא ודאי דיש ליה קניה בגוף הבהמה לכן דאם מתה בהמה של שואל מתה והשואל מחויב להעמיד לו פרה · לכן משלם השואל פרה חיה · ויכולין לומר דהתוספות פרק אע"פ מפרשים ג"כ דהיינו טעמא של שואל דחייב באונסין · ואף שכתבו התוספות דד' שומרים משעבדים א"ע לכל הכתוב בפרשה כל אחד לפי דינו וכתבתי תורף דבריהם לעיל אין הפשט בדבריהם כפשוטו דלפ"ז יהי' קשה למה חייבתו התורה באונסין · אלא ע"כ דהטעם דהתורה חייבתן באונסין כמו שכתבתי וכוונת התוספות הוא כך · דהא הד' שומרים לא דברו כלום עם הבעל הבית אודות שיעבודם וצריכין טעם למה חייבים · לכן כתבו התוספות הטעם דמסתמא משעבדים עצמן לכל הכתוב בפרשה ומה שחייבתן התורה באונסין מטעם שכתבתי · מה שאין כן במקבל מתנה דאף דאם מתה הבהמה של מקבל מתנה מתה · מ"מ אינו מחויב להחזיר דלא שיעבד את נפשו להחזיר אם מתה דהא מקבל מתנה הוא דלהכי יהבי ליה איהו כי איתיה בעיניה מחייב לאהדורי ליה עיי"ש ברא"ש בסוכה בשם ה"ר ישעיה ז"ל במבואר בהדיא הטעם הזה שכתבתי · וכן נראה לי ברש"י בסנהדרין שם ג"כ מפרש הטעם משו"ה מחייב השואל באונסין כיון דיש ליה קני' בגוף הבהמה לכן אם מתה של שואל מתה ומה שפירש"י בד"ה אבל דטעמא דשואל דמשום כל הנאה שלו אוקמינהו רחמנא ברשותיה לשלומי אם נאנס דכל כמה דקיימא הדרא בעינא כוונתו הוא כך · דלמה שוכר פטור מאונסין אף בנס השוכר יש לו קני' בגוף הבהמה וכשמתה שלו מתה · ואף על פי כן פטור מאונסין מאי שנא דשואל חייב באונסין :

לכן פירש רש"י דהיינו טעמא דחיובא דשואל משום דכל הנאה שלו והוי אצלו כמכורה · לכן חייב באונסין כיון שהבהמה של שואל מתה והוא מחויב להחזיר · מה שאין כן בשוכר אף דגם התם בהמה של השוכר מתה מ"מ פטור מן האונסין כיון דאין כל הנאה שלו דהא נתן דמים עבור הנאתו לכן הוי כמכורה אצלו ועיין בפרח הקודם שכתבתי זה הסברא באריכות קצת · ולפי דברינו ניחא מה דמדמה הגמרא הבא במחתרת לשואל · כיון דשם ג"כ היה כל הנאה שלו כמו שואל אמרינן מה שואל שמדעת בעה"ב הוא משתמש בה אמרינן דקנה הבהמה לפירותי' כ"ש גבי הבא במחתרת דמשתמש בה שלא מדעת הבעלים וגם נטלה שיהי' שלו לגמרי אוקמא התורה ברשותיה לענין אונסין דנאמר דיש לו קני' בגוף הבהמה לפירותי' · ואם יארע אונס יהא חייב דצריך להחזירה להבעלים · ולפ"ז מוכח דכן שואל וכן שוכר יש להם קני' בגוף הבהמה המושאלת והמושכרת להם כפי הפוסקים היינו הרא"ש בתשובותיו והרשב"א ומהר"ם והריטב"א והרמב"ם :

גם נראה לי להביא ראיה לדבריהם מב"מ (דף מ"א ע"ב) רבא אמר לא תאמר שליחות יד לא בשומר חנם ולא בשומר שכר ותיתי משואל ומה שואל דלדעת בעלים קא עביד שלח בה יד חייב שומר חנם ושומר שכר לא כש"כ וכו' עכ"ל הגמרא · גם כאן צריכין להבין איך מדמה שליחות יד לשואל כמו שקשיא לן לעיל איך מדמה הבא במחתרת לשואל וצריכין אנו לתרץ כמו שכתבתי. שם דגם דלפי דברינו דשם ג"כ ניחא הכא הא דמדמה שליחות יד לשואל לפ"ז יהי' מוכח דשוכר ושואל יש להם קנין בגוף הדבר המושאלת או המושכרת לפירותי' :

וראיתי לבעל מחנה אפרים בהלכות שאלה ופקדון סימן א' שהוכיח דמדין פרק הגוזל ב' משמע דחיובא דשואל בקבלתו תלוי משום דמסתמא אדעתא דהכי נחית. דקאמר התם אמר רבא יתומים שהניח להם אביהם פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאלתה מתה אינם חייבין באונסין אלמא דאף על גב דכל הנאתה שלהם סברי משתמשים בה אפ"ה פטורים דכיון דאינהו לא שאילו לא קבילו עלייהו נטירותא כפירש"י שם משמע דחיובא דשואל משום דגמר וקיבל עליו נטירותא כדכתבו התוספות בכתובות בפרק אע"פ הנ"ל זה תורף דבריו · והקשה על דברי הרא"ש ז"ל שהביא המרדכי ר"פ הגוזל בתרא · ולפי מה שכתבתי ניחא דהא היורשים לא קבלו עליהם להחזיר הבהמה רק אם איתא בעינא ממילא חייבים להחזירה כיון שאינה שלהם · כיון דאביהם הי' לו קני' בגוף הבהמה וכשמתה בהמה של אביהם מתה · נמצא דאם מתה לא יש תחת ידי יורשים פרה של המשאיל לכן פטורים המה · ולפ"ז פסק הרא"ש ז"ל ניחא · אך זאת צריכין להבין דברי הרא"ש שהביא המרדכי ז"ל שלמד ממתניתין דהו"ה אם השומר הראשון הפקיד ביד השני והי' עמו במלאכתו של שומר שני דאינו נפטר משום שמירה בבעלים · ומוכח מדברי המרדכי הנ"ל שגם בשומר חנם הדין כן ולפי דברינו יהיה ניחא רק בשואל דכיון דמתה הבהמה בהמה של שואל שני מתה · ולפ"ז לא פטרה מה שהי' השואל הראשון עמו במלאכתו כיון דעכ"פ אם איתא בעינא מחייב להחזירה ואף השתא דמתה הבהמה בהמה של שואל שני מתה · מה שאין כן בשומר חנם ובשומר שכר דאין להם קנין בגוף הבהמה לכל הדיעות והא דמחייב שומר חנם בפשיעה ושומר שכר בגניבה ואבידה דמסתמא שיעבדו א"ע ככל הכתוב בפרשה והא הכא לא שיעבדו א"ע דהא השומר חנם והש"ב השני היו סוברים שהבהמה הוא של השומר חנם הראשון והמה היו עמו במלאכתו ולא שיעבד א"ע ולמה חייב השומר חנם והשומר שכר השני לשלם · ובעין קושיא זו הקשה המחנה אפרים שם · ונלפענ"ד לתרץ לפי מאי דאיתא בכתובות (דף נ"ח ע"ב) אמר רב פפא הלכתא דבר שיש לו קצבה חולקין דבר שאין לו קצבה הכל לבעל המעות פירש דאם נתן מעות לשליח לקנות והוסיפו אחת יתירה אם אין לו קצבה הכל לבעל המעות דמסתמא הקנה המוכר לבעל המעות וכן פסק הח"מ בסימן קפ"ג סעיף ו'

ודעת

ודעת הרמב"ם ז"ל בפ"ז מהלכות מכירה דאפילו אם השליח נתכוין לקנות לעצמו המקח הוא למשלח וכן הוא דעת הרי"ף ז"ל בפרק המקבל בדין העסק ועי"ש ועיין במחנה אפרים בהלכות שלוחים סימן י"ז שפוסק כדעת הרמב"ם · ולפ"ז ניחא דהרא"ש סובר כשיטת הריף והרמב"ם ז"ל לכן מחייב השומר השני אף שהוא היה סבור שהבהמה היא של השומר הראשון והוא היה עמו במלאכתו אף על פי כן חייב אם היה שומר חנם בפשיעה ואם שומר שכר בגניבה ואבידה: דכיון דהאמת דהבהמה אינה של השומר הראשון לכן חייב השומר השני דבודאי שיעבד א"ע לאיש שהבהמה שלו · וכ"ת הרי הבעה"ב של הבהמה לא היה יודע שהשומר שלו ימסור לשומר אחר ואיך קנה שיעבודו של השומר השני הלא אינו יודע שיעבודו של השני ואין מתכוין לקנותה · זה אינו מכמה טעמים: חדא דהביא הבעל מחנה אפרים בקנין משיכה סימן ד׳ בשם התוספות פרק הניזקין (דף ס"א) והרשב"א והר"ן ז"ל שם דאפילו אם אינו מתכוין לקנותה קנה ג"כ · אך זה יוכל לומר דדוקא בקנין דהגבהה דעל קנין זה כתבו השם דקנין הגבהה קנין חשובה יותר מאחרי קניינים לכן קונה אף אם אין מתכוין לקנותה (עיין בדברינו בכפתור זה בפרח ג׳ שהארכנו קצת מזה הפרט והבאתיו שגם דעת רש"י הוא כן) · אך הביא שם המחנה אפרים דעת הר"ן פ"ק דמציעא (דף ו׳) בשם איכא מאן דאמר דבקניות דרבנן הוי כאומר אי אפשי בתקנות חכמים דשומעין לו אבל בקניות דאורייתא אע"ג דגלי דעתיה קנה · ולפי דבריו בכל הקניינים קונה אף אם אין מתכוין לקנותה · אך נ"ל דבהא כו"ע מודים דאף דהבעל הבית אינו יודע שהשומר שלו מסר לשומר שיכוין שיזכה בשיעבודו של השני אעפ"כ זוכה בהשיעבוד דאף הפוסקים דס"ל דאם אינו מתכוין לקנותה דאינה קנוי היינו דוקא בהפקר דליכא לא דעת מקנה ולא דעת קונה אבל במקח וממכר דאיכא דעת אחרת מקנה אע"פ שלא נתכוין זה לקנותה · כמו שנראה מדברי הרשב"א ז"ל בחידושיו בפ"ב דגיטין (דף כ׳) גבי מאי דאמר תלמודא שם זקן שאני דידע לאקנוי וז"ל וקשיא לי אשמעתין אפילו כי מקנה להו זקן ומלוה מאי הוי הא לווין לא ידעו כדעת רבא דאמר דילמא זקן שאני וכיון שכן האיך קונים ואינהו לא ידעו דזקן מקנה להו ומ"ש מהשיא דאמרינן ביבמות פרק ר"ג המודר בנכסי הגר ושבור דשלו הם לא קנה וי"ל דשאני הכא דדעת אחרת מקנה עכ"ל · וכן כתב הנ"י בפרק חזקת הבתים גבי השיא דרב ענן שקל בידקא בארעא וכו׳ ז"ל שמעינן מהכא דאילו הוה ידע המזכה אע"ג דלא ידע רב ענן שהוא הזוכה קנה ומשום הכי לא הוה בעי למימר ליה את ודאי לא הוה ידעת ואע"ג דאמרינן ביבמות המודר בנכסי הגר וכו׳ תירץ הראב"ד ז"ל דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה עכ"ל · הביאם הבעל מחנה אפרים בהלכות שלוחים סימן א׳ · וגם ראיתי למהרי"ט בחלק שני בשו"ת השייכים לח"מ בסימן כ"ג שכתב גם דהיכא דליתא דעת קונה היינו שאין מתכוין לקנותה אם היה דעת אחרת מקנה אותה קונה כמו דאמרינן גבי קטן דאין קנין לקטן ואית ליה קנין כשדעת אחרת מקנה אותה :

עוד ראיתי למהרי"ט שם ראיה מדאמרינן פ"ק דגיטין גבי מעמד שלשתן נעשה כאומר לו משתעבדנא לך ולכל מה דאתי מינך · הרי חזינן שאף שהאיש שזוכה במעמד שלשתן השיעבוד אינו יודע בשעת השיעבוד שיכוין בשעת השיעבוד להמלוה שגם הוא יזכה בהשיעבוד ואפ"ה קונה · הרי מוכח היכא דדעת אחרת מקנה אותו יהיה קונה אף אם אינו מתכוין לקנותו [וכמדומה לי שהראיה הזה התעוררתי בעצמי קודם שראיתי למהרי"ט] אך הראיה זו דחה המהרי"ט וקודם שאכתוב מה שיש לסתור הראיה הזה אחקור מקודם אם התחייב ושיעבד את נכסיו לשנים לאחד שישנו בעולם והשני אינו בעולם · אם נאמר כי היכי דחל החיוב והשיעבוד להישנו בעולם · כמו כן חל החיוב והשיעבוד לשאינו בעולם דשיעבוד עדיף מקנין · דאף לרבנן דס"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ שיעבוד חל כמבואר · לפי הדעה שהביא המרדכי בריש פרק מי שמת דאם הקנה לאדם אחד מעות ומטלטלים בק"ש האף שאין מטבע נקנה בק"ש מ"מ כשהקנה בצירוף השעות מטלטלים אמרינן מיגו כמו שחל הקנין על המטלטלים כן חל ג"כ על המעות עיין בח"מ סימן ר"ג סעיף י׳ · אי תימא דיש חילוק בניהם · ונפשוט זאת מהך דפ"ק דגיטין (דף י"ג) מהא דפריך רב אשי לאמימר על הך דאמרינן שם נעשה כאומר לו וכו׳ אלא מעתה הקנה לנולדים דלא היו בשעת מתן מעות ה"נ דלא קני דאפילו לר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הני מילי לדבר שישנו בעולם אבל לדבר שאינו בעולם לא הרי מוכח מכאן שאף דקנה האדם שבא לעולם מ"מ לא קנה השני · דיש חילוק בין אם הקנה בק"ש מעות ומטלטלים · דזה גרע יותר · ולפי מאי דצריכין לתרץ מאי דקשיא לן תתחזק הראיה · דלכאורה אינו מובן לפי הדעה המבואר שם דאם הקנה מעות ומטלטלים דלא קנה כלל דכשם שלא חל הקנין על המעות ג"כ לא חל על המטלטלים היה ליה לרב אשי לפרוך לאמימר פרכא גדולה מזה שפרך דבכלל שעבידנא לך לדידך ולכל דאתא מחמתך זה הלשון כולל שהוא משעבד ג"כ להילודים · דלא תוכל לומר דלא משעבד רק לנולדים מאי פריך רב אשי אלא מעתה הקנה לנולדים וכו׳ הא זה הלשון אינו כולל רק לנולדים ומדפריך רב אשי כן מוכח דכולל ג"כ בהשיעבוד הילודים היה ליה לפרוך לרב אשי דאפילו הנולדים בעת שעיבד להמלוה ג"כ לא קנה · דכשם שלא חל על הילודים כך לא חל על הנולדים לפי הדעה דמקנה בק"ש מעות ומטלטלים דלא קנה כלל ומדפריך רב אשי אלא מעתה הקנה לנולדים ה"נ דלא קנה · משמע דהנולדים בשעת מתן מעות השתא קנו · אך לפי מה שדחה המהרי"ט הראיה הנ"ל יתיישב זה שכתב דהתם מתוך שנשתעבד לראשון שהוא מבורר שיעבוד גמור יכול הוא להשתעבד לכל הבאים מכחו דשלוחו וכיוצא בו הוא : ולפ"ז ניחא דכיון שעיקר השיעבוד הוא שיעבוד גמור לאיש שישנו בעולם · ומה שמשעבד לאנשים אחרים השה באים רק מכחו · לכן אין יכול לבטל השיעבוד הטפל את השיעבוד העיקר כי עיקר השיעבוד גוררת את הטפל ולא הטפל גורר את העיקר · מה שאין כן בהקנה מעות ומטלטלים לא ימצא שם עיקר וטפל לכן אמרינן להדעה הזו כשם שלא חל הקנין על המעות כך לא חל על המטלטלים · ולפ"ז מוכח מכש"כ דאם התחייב ושיעבד א"ע לשנים אחד ישנו בעולם ואחד אינו בעולם דלא קנה הנולד אף להדעה דאמרינן מיגו כשם שחל הקנין על המטלטלים כך חל הקנין על המעות · דמה הכא דמשעבד לכל מאן דאתא מחמתך · והשיעבוד שלהם השה באים רק מכחו והוא העיקר ואף על פי כן אינו גורר השיעבוד הטפל היינו הילודים · מכש"כ אם שיעבד דבר אחד לשני בני אדם ואחד מהם אינו בעולם · אין אנו אומרים מיגו שנגמר בקנין הישנו בעולם להאיש שאינו בעולם · נחזור לעניננו שמפרק קמא דגיטין אינו מוכח שיכול לזכות לאדם באיזה שיעבוד אם אינו יודע האיש הזוכה בהשיעבוד אם יהיה מתכוין לזכות בהשיעבוד · אך מהראיות הנ"ל מוכח דיכול אדם לזכות אף אם אינו מתכוין לזכות אם דעת אחרת מקנה אותו · לכן משועבד השומר השני לבעה"ב אף שאינו יודע שמסר השומר שלו לשומר אחר ואינו מתכוין לזכות בשיעבוד השומר השני מ"מ זכה כיון דדעת אחרת מקנה אותה · וכ"ת הא קיי"ל דבדאורייתא אין ברירה והכא נמי לא ידע השומר השני לאיזה אדם משעבד ואף שלאחר כך יהיו מבורר מ"מ הא קיי"ל בדאורייתא דאין ברירה · זה אינו · דגילוי מילתא בעלמא הוא דהא גם בשעת השיעבוד היה הדבר ידוע למי הוא משועבד דהיינו לבעה"ב שהוא בעל המעות לא הוה זה רק גילוי מילתא בעלמא שאח"כ איגלאי מילתא מי הוא הבעל המעות · וראיה לזה מדפרכינן בגמרא בפרק בכל מערבין (דף ל"ו ע"ב) אמתניתא דאין אדם מתנה על שני דברים כאחד מ"ש לכאן ולכאן דלא דאין ברירה למזרח ולמערב נמי אין ברירה אר"י וכבר בא חכם ופרש"י שבא חכם כבר בין השמשות אבל זה לא היה יודע ולמחר כשנשמע לו גילוי מילתא בעלמא

הוא ואין זו המיכה על ברירה הספק אלא קניה ודאית הוא אלמא אפילו למאן דלית ליה ברירה בכה"ג קני שפיר ׃ ורואיתי למהרי"ט הנ"ל שהביא שם נ"כ הגמרא זו לאיזה דבר ׃

דין היוצא מפרח הזה ׃

א דאם התחייב עצמו ליתן איזה חפץ לשני בני אדם אחד ישנו בעולם ואחד אינו בעולם כגון שהתחייב ושיעבד נכסיו להילודים ולנולדים דלא נקנה להאדם הנולד ׃

פרח יח

ונלפענ"ד דבשיעבוד אמרינן יש ברירה ׃ ויכול אדם לשעבד א"ע באופן זה שיכתוב בשטר שמשעבד את עצמו לכל מי שמוליא הכתב הזה מהא דתניא בפ' גט פשוט (דף קמ"א ע"א) המבשרני במה נפטר רחמה של אשתי אם זכר יטול מנה אם נקבה יטול מאתים דזכה אע"פ שלא היה מבורר ׃ וכן מוכח מהא דאמרינן בסנהדרין פ' כהן גדול (דף י"ט ע"ב) גבי דוד שקידש את מיכל בת שאול בממון שנדר אביה לתת למי שיכה את גלית ׃ דכתיב והיה האיש אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול וכו' ובפרוטה דערלות דפלשתים והאיך שייך לקדש במלוה זו ׃ כיון שלא היה מבורר לדוד באותה שעה ולא זכה בממון אלמא דיכול לשעבד את עצמו אע"פ שלא היה מבורר ׃ וראיתי למהרי"ט בחלק שני בשו"ת השייכים לח"מ בסי' כ"ג דדחי זה ׃ דע"כ הסיא דגט פשוט ומילתא דדוד טעמא אחרינא איכא דאנ"כ היכי זכי הכוא דמבשרו במה נפטר רחמה של אשתו והיכי משתעבד ליה אידך במילי דעלמא בלא שום קנין וכן שאול היכי משתעבד ליה לדוד במילי ׃ ואם באנו לומר שהיה שם קנין אלא שהכתוב ליה פירש אף אנו נאמר שכשבא דוד לפניו חזר ואמר לו אלא שהכתוב לא פירש ׃ אלא נראה דהסיא דמבשרני וכו' ובדוד מדין שליחות הוא דקני ושליחות וכל מילי דשליחות לא בעי קנין והאומר לחבירו עשה דבר פלוני ואתן לך מנה משעשה שליחותו מתחייב בלא שום קנין בשעה שמקיים את דבריו ׃ והלכך אי מקני להו להני זוזי בשעה שעושה שליחותו באותה שעה מבורר הוא ובאותה שעה הוא זוכה ׃ ואין אנו חוששין למה שלא היה מבורר באותה שעה שנדר לו שעדיין לא היה לו שום זכיה באותה שעה כלל כדתנן השוכר את האומנין וחזרו בהם ידם על התחתונה אם בעה"ב חזר בו ידו על התחתונה ומפרש שהחזרה משהתחילו במלאכה אבל קודם שיתחילו אין להם זה על זה אלא תרעומת וכדתנן לקמן בעובדא דר"י בן ברוקא ׃ וא"כ מעיקרא אם בא לחזור חוזר שעדיין לא זכה הואיל ולא עשה עדיין שליחותו ׃ מיהו לאחר שעשה שליחותו זוכה הוא במנה באותה שעה ׃ ולכך זכה דוד באותו ממון בשעה שהרג את גלית שנתרלה בו שאול לתת לו ממון ׃ ולפענ"ד מקולר רואי איני מבין את דבריו הקדושים דאיתא בכתובות (דף ע' ע"ב) ופרנס לאו שליחותו קא עביד אמר רב הונא האומר כל הזן אינו מפסיד וכי אמר הכי לאו שליחותיה קא עביד והא תנן מי שהיה מושלך בבור ואמר כל השומע קולו יכתוב גט לאשתו הרי אלו יכתבו ויתנו הכי השתא התם קאמר יכתוב הכא מי קאמר יזון כל הזן קאמר ׃ וכעין זה איתא בנדרים (דף ל"ו ע"ב) ועיין בר"ן שם ד"ה ה"נ ׃ הרי מוכח ממקומות הללו דאם אמר המבשרני במה נפטר וכו' בלשון הזה לא נעשה שליח דהא לא קאמר יבשרני ודומה לאומר כל הזן וכו' ׃ ולפ"ז לכאורה לא נוכל לומר דמחמת שליחות הוא מתחייב ליתן להמבשר דהא דאף דשליחות לא בעי קנין ׃ היינו דוקא בממנה אותו שליח בפירוש אז הוא שלוחו כמותו ׃ וכשעשה שליחותו מתחייב ליתן לו שכרו בלא קנין ׃ משא"כ אם לא מינו שליח ׃ אף שמהנהו הרי הוא דומה למאי דאיתא שם (דף ק"א ע"א) אתמר היורד לתוך שדה חבירו ונטע שלא ברשות אמר רב שמין לו וידו על התחתונה וכו' ׃ והא דרב להו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר דהכוא דהוא לקמיה דרב א"ל זיל שום ליה א"ל לא בעינא א"ל זיל שום ליה וידו על התחתונה א"ל לא בעינא ׃ לסוף חזיא דגדרה וקא מנטר לה ׃ א"ל גלית אדעתך דניחא לך זיל שום ליה וידו על העליונה ׃ (ועיין בח"מ סי' שע"ה סעיף א') ׃ גם קשה מהא דאמרינן בב"ק (דף קט"ז ע"א) מי לא תניא הרי שהיה בורח מבית האסורים והיתה מעבורת לפניו ואמר לו טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו ׃ אלמא אמר ליה משטה אני בך ה"נ לימא ליה משטה אני בך וכו' עכ"ל הגמרא ׃ לפ"ז יהיה קשה אמאי נוטל המבשר אם זכר וכו' הא אין לו אלא שכרו ׃ אף שמסיק הגמרא שם אמר רמי בר חמא בצייד השולה דגים מן הים וה"ל אפסדתני כוורי בזוזא פירש דבזה צריך ליתן לו שכרו כפי מה שקצץ עמו לא נוכל לומר דה"נ בהמבשר מיירי באופן זה ׃ ומשום הכי נוטל המבשר כפי מה שאמר דהא הברייתא מיירי בסתימות אף שהמבשר אינו מפסיד כפי אותו הסך שאמר אם זכר מאתים וכו' ואפ"ה זכה המבשר שצריך לשלם לו כפי שאמר ׃ ואף לשיטת המהרי"ט דסובר דהא דהמבשר נוטל שכרו מטעם שליחות נ"כ יהיה קשה זאת כמובן ׃ ועוד אינו מובן לי דברי המהרי"ט לפי מה שכתב בעצמו באותו התשובה וז"ל דודאי אלמוה רבנן לשליחות ׃ דבמילי בעלמא משתעבד באותו הממון שנדר ׃ ולפ"ז איני מבין מה שכתב המהרי"ט דמה שהיה מחויב שאול ליתן לדוד הוא מטעם שליחות כיון דרק מדרבנן בעלמא מחויב מה שצריך לשלם השכר השליחות ואיך נוכל לומר דחייב הכתוב מטעם זה ׃ ולפי דעתי דהשיטה מקובלת נ"כ סובר דמה שמתחייב הבעל הבית ליתן להפועל שכרו משלם אם התחיל במלאכה כדתנן בפ' האומנין הוא רק מדרבנן בעלמא דלא נוכל לחייב אותו מטעם דיני דגרמי שבעל הבית הפסידו להפועל שהיה יכול להשכיר א"ע לאדם אחר ׃ דמדיני דגרמי לא מחייב רק אם ברי היזקו כדס"ל הרבה פוסקים ואחד מהם ברא"ש פ' הגוזל עלים ס' י"ג וגבי פועל לא ברי היזקו ׃ שאולי לא ימלא להשכיר את עצמו ׃ וגם לא נעשה ההיזק מיד ׃ וזה אחד מן הפרטים שבלא זה אינו מחויב לשלם מלד דיני דגרמי עיין ברא"ש שם ׃ ולפ"ז מאי דמחויב לשלם הבעה"ב להפועל אם התחיל במלאכתו הוא רק מדרבנן בעלמא אף שברא"ש פרק האומנין סי' ג' כתב דאי לא שיירי לארעא פסידא דבעה"ב לפי שבעה"ב מכיר את ארלו ויודע דכי אתי מיטרא לא חזיא לריפקא והיה לו לומר בבוקר לפועלים שישכירו עלמן למקום אחר והפועלים לא הכירו את ארלו נמלא שבגרמתו הפסידו שכר פעולת היום ׃ נראה לפי עניות דעתי דכוונת הרא"ש הוא רק שמפני זה תקנו חכמים שישלם הבעל הבית להפועלים אי לא שיירא לארעא מפני שגרמא הוא בנזקין ואסור לגרום גרמא כזאת ׃ ועיין בב"ב (דף כ"ב ע"ב) אמר טובי בר מתנה זאת אומרת גרמא בנזקין אסור ׃ ומה שצריך לשלם הבעה"ב להפועלים שהתחילו במלאכתם הוא נ"כ רק מפני שגרם להם ההיזק תקנו חכמים שישלם לו אם התחיל במלאכתו ׃ אבל קודם שהתחיל במלאכתו לא תקנו חכמים שישלם לו אף שגם בזה גרם לו היזק שאולי היה יכול להשכיר לאחר בכל זאת פטור דהוה רק מילי בעלמא ׃ אבל כשהתחילו במלאכה הוא הקנין שלהם שתקנו חכמים ׃ וכדומה לזה כתב השיטה מקובלת בב"מ (דף ל"ט) בד"ה אמר רב הונא וכו' וא"ת כיון דמשיכה לא קניא לחזרה מ"מ קני בהתחלת מלאכה ומה קנין הוא זה ה"ל דהא הקנאה דרבנן הוא מפני תיקון העולם שלא יהא אדם מתחיל או משכיר כליו לחבירו ואחר שיתחיל במלאכתו שיחזור בו ויניח מלאכתו מותחלת עכ"ל ׃ ולשיטת הפוסקים דאף דיני דגרמי לא מחייב רק מדרבנן משום קנס (עיין בח"מ סי' שפ"ו ובש"ך שם) לפ"ז בודאי מה שצריך לשלם הבעה"ב לפועל אם התחיל במלאכתו הוא רק מדרבנן ׃ ולפ"ז גם במבשרני מה שצריך ליתן מאתים זוז וכן גבי שאול מה שמחויב ליתן לדוד הוא רק מדרבנן ׃ ולפי מה דמדמה המהרי"ט שכר המבשר ושכר דוד לאומנין והבאתי דבריו לעיל א"כ קשה איך נוכל לומר דהפסוק מחייב לשאול כדכתב המהרי"ט כיון דהוא רק מדרבנן בעלמא ׃ [אחר כתבי זאת ראיתי בהשיטה

מקובלת

מקובלת לב"מ (דף ע"ג ע"ב) ד"ה האי וכו' דחיובן של הפועלים או של בעל הבית אם חזרו הוא מחמת שיעבודו כדין ערב עיי"ש · ולפ"ז יש ליישב דברי המהרי"ט דלא קשה קושיא זו] · גם אינו מובן לי דברי המהרי"ט דאף אם נאמר דבעל הבית יכול לחזור מהשליחות קודם שהתחילו בשליחותן מ"מ החוב מתחיל מעת שקנה עם השליח רק דיכול לחזור · ולפ"ז המבשרני ושאול ודוד הוא הלה בברירה לפי דברי המהרי"ט שהוא מטעם שליחות :

אך נלפענ"ד שהחיוב של המבשרני הוא מטעם מחמת גודל תשוקתו לידע במה נפטר רההמה גמר ומשעבד נפשו דהא בעד בשורה אחרת לא היה נותנים שכר גדול כזה אך בעד בשורה כזאת רגילים בני אדם ליתן להמבשר דמי בשורה יותר הערך שהוא ראוי ליקח ולקמן אביא אי"ה ראיה שרגילים בני אדם לעשות כן · וכן החיוב של שאול לדוד עבור מה שהכה את גלית הוא ג"כ מטעם זה דאין לך הנאה גדולה מזה שהציל את כל ישראל וגם הוא מסר את נפשו · לפיכך שיעבד שאול את עצמו בחיוב גמור שיעשרנו עושר גדול למי שיכה אותו וגבי שיעבוד אמרינן יש ברירה · אף דמהרי"ט בסוף אותה תשובה הוכיח דגם גבי שיעבוד אמרינן דאין ברירה דכתב שם דאם איתא דאמרינן דיש ברירה האיך כתב הרמב"ן בהא דמשתעבדנא לך דיכול למחול לפי שאין ברירה · ואם אפילו לא היה בעולם כלל מועיל ע"י שיעבוד · כשישנו בעולם · אלא שאינו מבורר לא כ"ש · וגם הר"ן ז"ל למה הוצרך לחלק דהתם יכול הוא להשתעבד לכולם בזה אחר זה · אלא לא דמי · דבשלמא כשהדבר אינו בעולם שא"א להקנותו בקנין יכול הוא להשתעבד עליו דלכשיבא לעולם יתחייב ליתנו לו ושיעבודא חייל על גופו וגופיה איתא בעולם אבל כשהזוכה אינו בעולם דליזכי או דאיתא ואינו מבורר דכמאן דליתיה דמי · מאי מהניא ליה שגופו של מזכה איתיה בעולם הא בלאו הכי הדבר עצמו איתיה בעולם אלא ליתא לזוכה דליזכי ע"כ דבריו הקדושים · ומפני קוצר דעתי איני מבין דאם איתא דגם בשיעבוד אמרינן אין ברירה · איך יכול לחול השיעבוד על הנכסים שהקנה אח"כ · הא בשעת השיעבוד לא היה מבורר איזה נכסים שיקנה · וגם יכול להיות שלא יקנה כלל · ולפ"ז ליתא למאן דמזכה וליתא להזוכה כיון דאין ברירה לא חל זכות המשעבד על הנכסים שקנה אח"כ והוה כמאן דליתא · דבשלמא כשהדבר אינו בעולם דהיינו שהשדה שהוא משועבד אינו ברשותו בעת השיעבוד ומברר את דבריו שהשדה זו יקנה אח"כ ומשעבד אותה לו · חל השיעבוד אף לרבנן דס"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם · ויש סברא שהשיעבוד יהיה חייל כיון שהשיעבוד חייל על גופו וגופו ישנו בעולם · מה שאין כן כשאינו מברר בעת השיעבוד איזה שדה בדעתו שיקנה אח"כ למה חייל השיעבוד על אותו שדה דמה בכך שהשיעבוד חייל על גופו כמו שכתב המהרי"ט · הא אין ברירה גם בשיעבוד לפי דברי המהרי"ט · וכ"ת דהשיעבוד דאקני אינו חל רק בעת שקנה ולא מקודם בעת שעיעבד כדכתב הח"מ בסי' ק"ד סעיף ו' עיין שם בסמ"ע ס"ק י"ט ובש"ך ס"ק י"ג וס"ק ט"ו · נמצא לפ"ז בעת שחל השיעבוד היתה מבורר איזה שדה משועבד ולא תליא זה בברירה · דברירה הוא רק מה שאומרים הוברר הדבר למפרע עיין בלשון המהרי"ט שהבאתי לעיל ובשאגת אריה סי' נ"ג · ולפ"ז אין מוכח ממנה שיכול לשעבד הנכסים שהקנה אח"כ דבשיעבוד אמרינן יש ברירה · מ"מ נראה לי לפי שיטת הרמב"ן בפ' חזקת הבתים בשמעתתא דפרה וטלית ועיין בנ"י שם דבשיעבוד דאקני אינו יכול לחזור אף קודם שקנה לדידיה שודאי חל השיעבוד דאקני מעת שכתב הלוה · ואף לדעת החולקים עליו מ"מ דעת הרבה פוסקים דהיינו הרר"י אבן מגא"ש והמרדכי וכן נראה מדברי הרשב"א מב"ב (דף קי"ז ע"ב) ד"ה ואח"ל דלא יחלוקו משום חזרה רק דלא חזי מכולם ומדבריהם הוכיח האורים והומים בסימן ק"ד בס"ק ד' דהשיעבוד דאקני חל תיכף מעת הכתיבה וכמו כן כתב אורים והומים בסימן קי"ב ס"ק ג' עיי"ש שכן מבואר בהדיא וכן נ"ל שהוא דעת הש"ך בסי' קי"ב בס"ק ג' עיי"ש בטעם שכתב למה חולקים הבעל חוב מוקדם עם הבעה"ת מאוחר בנכסים שקנה הלוה אח"כ · ולפי דבריהם דשיעבוד דאקני חל מעת הכתיבה ובשעת בעתה לא היתה מבורר איזה שדה שיקנה ואולי יכול להיות שלא יקנה כלל · ואי אמרינן דגם בשיעבוד אין ברירה כמ"ש המהרי"ט · איך חל השיעבוד כיון שצריכין לומר שבעת שקנה הלוה אח"כ את השדה הוברר הדבר למפרע היינו בעת הכתיבה שאז חל השיעבוד על אותו שדה שזה השדה יקנה אח"כ · וזאת השדה שיעבד להמלוה שלו · אלא ודאי דבשיעבוד אמרינן יש ברירה · והטעם נ"ל כיון דשיעבוד אינו כל כך קנוי להמלוה רק דאף השיעבוד על השדה להמלוה כמו שכתב הריטב"א בקדושין (דף י"ג) בד"ה אלא · דטעמא דמ"ד שיעבודא דאורייתא דאע"ג דאין הקנאה לחצאין ואין הקנאה בדבר שאינו ברשותו · היינו הקנאה גמורה · אבל שיעבודא דמתלא תלי וקאי חייל אנכסי דהשתא ואנכסי דאקנה כל היכא דאיתנהו ברשותו מיהת עכ"ל · לכן אף דגבי הקנאה אמרינן אין ברירה · אבל גבי שיעבוד אמרינן יש ברירה · אף דקי"ל דבדאורייתא אין ברירה · מ"מ בשיעבוד אמרינן יש ברירה :

וגם נ"ל שאף למ"ד דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא ולית ליה הסברא שכתב הריטב"א הנ"ל מ"מ ראו חכמים לתקן גבי שיעבוד דיהיה הדין דיש ברירה וגם בלאו הכי צריכין אנו לומר גבי שיעבוד דאקני שהוא רק חכמים תקנו שיהי' חל השיעבוד משום דלא תנעול דלת בפני לוין אלמוה רבנן לשיעבוד יותר מקנין כדכתבו הראשונים בסוגיא דפ' מי שמת (דף קנ"ז) ואחד מהם הרשב"ם שם ד"ה אלא כי וכו' ה"נ תקני דאמרינן גבי שיעבוד יש ברירה · וגם נראה לי דגם היכא דלא שייך הטעם משום דלא תנעול דלת בפני לוין תקנו חכמים ג"כ שיחול השיעבוד דאקני מפני תקון העולם כדאיתא בכמה דוכתי בש"ס שהחכמים חשבו מפני תקון העולם ותקנו תקנות שיהי' מהם טובה לעולם ואחד מהם בגיטין (דף מ"ט ע"ב) אמר רבי שמעון וכו' מפני מה אמרו בעל חוב בבינונית וכו' · דאם לא תאמר כן לפי מאי דפסקו בח"מ סי' מ' דיכול אדם לחייב א"ע אף שלפי האמת לא לוה · וא"כ איך יכול לשעבד בשטר חוב כזה הנכסים שיקנה אח"כ דהא הכא לא שייך לומר שלא תנעול דלת בפני לוין · וכ"ת ה"נ זה אינו דא"כ ה"ל להפוסקים לפלוגי דבכהאי גוונא לא יכול לחול השיעבוד דאקני · ועוד איך יכול לטרוף בשטר שבדאקני · הא הלקוחות יכולים לומר לו שבאמת לא לוה רק שחייב א"ע באותו הודאה שכתב בשטר וזאת אינו עולה על הדעת לומר שאינו טורף השיעבוד דאקני רק אם כתב בשטר שהעדים מעידים שראו בעיניהם שלוה הלוה מעות מהמלוה · אלא ודאי דגם בשטר חוב ג"כ יכול לטרוף השיעבוד דאקני שגם בזה תקנו חכמים מפני תקון העולם · שבודאי בכדי לא היה חייב א"ע הלוה ומסתמא החיוב הוא תשלומין על מה דהוה ליה הנאה מיניה כדאמרינן במגילה (דף כ"ו ע"ב) מתנה פליגי בה רב אחא ורבינא חד אסר וחד שרי כו' ומאן דשרי אי לאו דהוה ליה הנאה מיניה לא הוה יהב ליה הדר הוה ליה מתנה כזביני עכ"ל הגמרא ועיין בגיטין (דף נ"ט ע"א) מר בר רב אשי אמר מתנתו מתנה עד כאן לשון הגמרא ומפני זה ראו חכמים לתקן שיטרוף מן הנכסים דאקני אף בשטר חוב שבאמת לא לוה כי יש תקון העולם בזה כמו שתקנו חכמים גבי קטן שיהי' מתנתו מתנה מפני תקון העולם כדאיתא בגיטין שם · לפ"ז גבי חיוב המבשרני הוא ג"כ מחמת גודל תאותו שידע במה נפטר ההמה גמר ומשעבד נפשו ליתן לו שכר כזה אף שבשעת השיעבוד אינו מבורר לאיזה איש הוא משעבד את עצמו מ"מ מחמת תיקון העולם שהרבה בני אדם רוצים בתקנה זו שרגילים בני אדם לשעבד א"ע וליתן שכר גדול כזה להמבשר · ומשום זה ראו חכמים לתקן ולומר דגם בשיעבוד כזה אמרינן יש ברירה · דאם לא תאמר כן יהיה קשה אמאי מחויב ליתן להמבשר השכר נהי כפי מה שאמר מאתים זוז וכו' הא בב"ק (דף קי"ז ע"א) אמרינן דאין לו אלא שכרו והבאתי לשון הגמרא לעיל ·

וצריכין

וצריכין לומר דלפי מה שכתב התוספות ביבמות (דף ק"ו ע"א) ד"ה אין וכו' היינו דוקא כגון הכא שהוא דבר גדול במקום שאין לוקחין אלא דבר מועט וכו' אבל היכא שלוקחין דבר גדול התם אין יכול לומר לו משטה אני בך ואע"פ שלא הוציא כלום מאותו דבר שתובע עליו שכר עכ"ל. (ועיין בח"מ סימן רס"ד סעיף ז' ברמ"א). ולפ"ז ניחא דגם בעד בשורה במה נפטר רחמה רגילים ליתן סך גדול. לכן אין יוכל לומר משטה אני בך וצריך לשלם מאתים זוז כפי מה שאמר וכיון שכן יש ע"כ תיקון העולם שיוכל לשעבד א"ע להמבשר אף שאינו מבורר בעת השיעבוד מי הוא שיהי' המבשר כיון שרגילים בני אדם לעשות כן:

ויותר נראה לי לומר ויהיה בזה ניחא החיוב דשאול לדוד שגם בימי הנביאים תקנו זאת ומצינו בגמרא שגם בימי הנביאים תקנו תקנות לטובת העולם לפי שיטת הרמב"ם (הובא דבריו בח"מ סימן כ"ח סעיף י"ב) חותכין דיני ממונות בעדות אע"פ שאין העדים קיימים. כדי שלא תנעול דלת בפני לוין. והקשה עליו מגיטין (דף ל"ו ע"ב) דאיתא במתניתין והעדים חותמים על הגט מפני תיקון העולם. ופריך הגמרא מפני תיקון העולם דאורייתא הוא דכתיב וכתוב בספר וחתום הרי מוכח מהגמרא דמה שחותכין דיני ממונות בעדות שבשטר הוא מדאורייתא. ונראה לפענ"ד לתרץ. דגם לפי שיטת החולקים על הרמב"ם דמה שחותכין דיני ממונות בעדות שבשטר מן התורה. ג"כ יהי' קשה דאמרינן בכמה מקומות מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע וכו' וכן בריש סוטה אמרינן מפני מה האמינה התורה עד אחד בעדות סוטה ובריש פרק אלו הן הנשרפין מפני מה לא נאמר יד בברזל הרי חזינן דדרשינן טעמא דקרא. ואף לרבנן דר"ש דלא דרשו טעמא דקרא. צ"ל דהיינו דוקא במצות עשה אבל בדיני ומשפטי התורה בודאי דרשינן טעמא דקרא אף לרבנן כי המה תלוים רק בטעמים ואנו מדמין זה לזה ולומדים אנחנו מטעמי התורה כמה דינים ומשפטים. אף שראיתי בהמרדכי פרק החובל דהקשה שם על מה דאמר רבה מפני מה אמרו מודה במקצת הטענה ישבע והלא רבנן דר"ש לא דרשי טעמי דקרא. יש לומר היכי דדבר תימא הוא אפילו רבנן דרשי כדאמרינן בריש סוטה מפני מה האמינה תורה עד אחד בעדות סוטה. ובריש אלו הן הנשרפין מפני מה לא נאמר יד בברזל והכא ה"פ הואיל וכופר הכל פטור מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע אמאי לא אמרינן דפטור מיגו דאי בעי כפר הכל וכו' עכ"ל. ומוכח מדבריו דאף במשפטי ודיני התורה רבנן דר"ש לא דרשי טעמי דקרא. ולדידי מפני קוצר דעתי נראה לי כמו שכתבתי. אך גם להמרדכי צריך לאמר מפני תיקון העולם. דדבר תימא הוא מפני מה חותכין דיני ממונות בעדות שבשטר כדכתב הרמב"ם דרק מפני תיקון העולם הוא דמפיהם ולא מפי כתבם. ואין סברא לומר שהחולקים עליו יש להם סברא טובה מה שחותכין דיני ממונות בעדות שבשטר מדין תורה אף שהראשונים כתבו טעמים שונים דמפני מה לא נקרא עדות שבשטר מפיהם ולא מפי כתבם בכמה דוכתי בדבריהם. ואחד מהם בתוספות יבמות (דף ל"א ע"ב) ד"ה דחזו. לא מלבם בדו הטעמים רק שלפי שיטתם מוכח מכמה דוכתי בש"ס דעדות בשטר כשר מן התורה. לכן הכריחו את הטעמים הנ"ל דמוכרחים לומר כן. ולפ"ז אף להחולקים על הרמב"ם דבר תימא הוא מפני מה הכשירה התורה עדות שבשטר ואין לנו הטעם אלא מפני תיקון העולם דבלא זה הוה מקרי מפיהם ולא מפי כתבם ולפי הנחה הזאת מיושבים דברי הרמב"ם דקשה לי' להרמב"ם מאי פריך הגמ' הא דאורייתא הוא דכתיב וכו' דהא אינו מוכח מן הפסוק שמחויב לעשות כן רק אם ירצה והוא בדרך עצה טובה. וכה"ג אמרינן ריש פ' חזקת הבתים לכן הולך ר"ג לתקן שמחויבים לעשות כן מפני תק"ה בגט. לכן מפרש הרמב"ם שפירכת הגמ' כך הוא. דע"כ אף התיקון העולם הוא מירמיה נובע דאל"כ יהי' קשה האיך מכשיר ירמיה עדות שבשטר הא הוי מפיהם ולא מפי כתבם א"ו מפני תיקון העולם אמר כן ולפ"ז התיקון העולם ג"כ ירמיה אמר שמחויבים לעשות כן ואם כן אמאי הולך רבן גמליאל לתקן זאת: יהיה איך שיהיה עכ"פ מוכח מהסוגיא הזה דגם בימי הנביאים תקנו תקנות לטובת העולם. וגם צ"ל להוכיח מסוגיא הנ"ל דגם בימי הנביאים חשבו לזה אפילו למאי דמשני הגמרא דאתיא כר' אליעזר וקרא הוא רק עצה טובה ג"כ מוכח דגם המה תקנו תקנות מפני טובת העולם ועיין בחידושי הרשב"א שם ד"ה התקין ר"ג וכו' פירש"י ז"ל וקרא עצה טובה קמ"ל. וקשה לי אי הכי אכתי למאי איצטריך לר"ג לתקן. דהא אתא ירמיה אשמעינן תקנה זו עכ"ל. וכיון דהוכחנו דגם בימי הנביאים תקנו תקנות וטעם רק מפני תיקון העולם. לכן נראה לי דהחיוב משאול ודוד הוא ג"כ מפני תיקון העולם כדי שימצא שיעשה מעשה רבה כזה למסור א"ע בשביל ישראל תקנו שיוכל לשעבד א"ע אף לאיש שאינו מבורר בעת השיעבוד שיעשה המעשה הזה דבכדי בודאי לא ימצא איש אשר יעשה כן וגם בהיות שעתה שמשעבד אינו יודע מה שבלב חבירו שהוא רוצה לעשות כן עד שיאמר לנוכח כן. לכן היתה התקנה משאול שיוכל אדם לשעבד א"ע אף שאינו מבורר לאיזה איש הוא משעבד. ולפ"ז ניחא הך דמבשרני שמחויב א"כ לשלם להמבשר כפי מה שאמר שגם בזה יש תיקון העולם שרגילים בני אדם לעשות כן כמ"ש לעיל שגם בזה יש מפני תיקון העולם לכן יכול לשעבד א"ע אף לאיש שאינו מבורר בעת השיעבוד:

אך לפי הנראה דרק בשיעבוד איתא תקנה זו אבל בהקנאה במקח וממכר או במתנה אינו יכול למכור או ליתן לאיש שאינו מבורר בעת הקנין והלינן הך בברירה. וצריכין לומר הוברר הדבר למפרע שלזה האיש מכר או נתן בעת שהיה הקנין. כדמוכח מכמה סוגיות והביאם המהרי"ט ז"ל שם ולא קשה על דבריו ממה שכתבו התוספות בב"ק (דף ס"ט) ד"ה כל וכו' אפילו את"ל דלא קנה אלא אם כן הגזילה ברשות הנגזל אבל אם הוא ברשות הרבים בשעת יאוש כל המחזיק בה שיה זוכה בה לכאורה מוכח מזה דגם במתנה או כדומה לזה אמרינן ג"כ דיכול להקנות אף לאיש שאינו מבורר. אך זה אינו. דמה שכתבו התוספות אינו תליא בברירה רק גילוי מילתא בעלמא דאיגלאי מילתא דלאדם הזה הקנה בעת היאוש כדפירש רש"י בעירובין (דף ל"ו ע"ב) ד"ה אמר ר' יוחנן כו' והבאתיו לעיל. וגם אין להקשות על המהרי"ט מדברי הראשונים והביאם הש"ע בח"מ סימן רמ"א סעיף ד' יש אומרים שכשם שהמוכר צריך לסיים הממכר כך הנותן כיצד הכותב לחבירו קרקע מנכסי נתונה לך או שכתב לו כל נכסי נתונים לך חוץ ממקצתם הואיל ולא סיים הדבר שנתן לו ואינו ידוע לא קנה כלום ואינו יכול לומר לו תן לי פחות שבנכסיך עד שיסיים לו המקום שנתן לו אבל אם אמר לו חלק כך וכך בשדה פלונית הואיל וסיים השדה אף על פי שלא סיים החלק נוטל אותו חלק מהפחות שבאותה שדה ויש חולקין ואומרים שבין במכר בין במתנה יכול להקנות דבר שאינו מסוים עכ"ל. לכאורה קשה לא מבעי לדעת החולקים על הרמב"ם דקנה הלוקח או המקבל מתנה אע"פ שלא סיים דלכאורה הקנייה הזה הוא תליא בברירה דבשעה שמכר או נתן אינו מבורר איזה חלק השדה הוא מוכר או נותן והברירה ביד המוכר או ביד הנותן ליתן אח"כ איזה חלק מאותה שדה או משדה אחרת: נמצא שאחר כך כשיברר איזה חלק מאיזה שדה הוא נותן או מוכר צריכין אנו לומר דזה החלק מזה השדה הוא מכר או הוא נתן בעת שהיה נקנה להלוקח או להמקבל מתנה ואעפ"כ סבירא להו דקנה. הא מוכח מדבריהם שבמקח וממכר או במתנה אמרינן ג"כ יש ברירה להיפך מדברי המהרי"ט. וגם מדברי הרמב"ם ג"כ יהי' לכאורה קשה על מהרי"ט דבזה מודה הרמב"ם דאם אמר לו חלק כך וכך בשדה פלונית הואיל וסיים השדה אע"פ שלא סיים החלק נוטל אותו חלק מהפחות שבאותו שדה דקנה הלוקח או המקבל מתנה אף שאינו מבורר איזה חלק מאותו השדה הוא מוכר או נותן אעפ"כ קנה. הא אף בהברירה ביד המוכר או הנותן ליתן אח"כ איזה חלק שירצה רק שיהיה

מאותה

מאותה השדה שהיה נמצא דאליה הדבר בברירה דאמרינן הוברר הדבר למפרע שבעת הקניה אותו החלק הקנה לו וזה יהיה להאורה היפך מדברי המהרי"ט · אך נראה לי ליישב על פי מה שכתב רש"י גיטין (דף כ"ה ע"ב) ד"ה ולכי מיית וכו' ובתוספות שם דאין שייך ברירה היכא דבידו לקיימו כשמתנה עליהם · ורק תנאי בעלמא הוא וע"ש בפירש"י ותוספות שם ועיין עוד בקצות החשן סימן ר"א ס"ק ג' · שהביא דעת הרמב"ן והיש"ש ע"ש בדבריו ולפי דבריהם גם כן לא קשה מידי ודו"ק אחר כתבי זאת איזה ימים ראיתי לבעל מחנה אפרים בהלכות זכיה ומתנה סימן ה' שהביא בשם הרשב"א בספר תולדות אדם סימן פ"ב דכי אמרינן לברירה היינו דוקא במידי דלית ליה קיום אם לא שנאמר יש ברירה והוברר הדבר למפרע דאל"כ איסתכת דהכל בטל מעיקרו אבל במכר או מקדיש מידי מנכסיו שהינו מהוים כל שבורר אח"כ אחד מהם · הרי הוא קנוי ומוקדש ואין אנו צריכין לקיום המקח לדמעיקרא וכיון דלקיום המקח אין אנו צריכין לברירה שהרי מהשתא מתקיים שוב אין אנו צריכין לברירה עכ"ל · ואנכי הצעיר בדעת איני מבין דבריו כל כך · אך מ"מ נ"ל דנוכל לומר כמו שכתבתי אך בשעבוד נראה לי לפי קוצר דעתי הגם שאנכי לא אוכל להיות מתלמידיו הקטנים של המהרי"ט מ"מ אכתוב מה שנראה לי רק לפלפולא בעלמא דגבי שיעבוד אמרינן יש ברירה שלא כדברי המהרי"ט :

וראיה שהביא המהרי"ט בסוף דבריו דגם בשיעבוד אמרינן ברירה מהא דפריכינן בפרק יש נוחלין גבי ההוא דר"י בהא דכתובות בנין דכרין בין למ"ד ירתא תנן בין למ"ד ישבון תנן היכי זכי בנין דכרין דליתנהו בעולם כלל ומשני תנאי ב"ד שאני כא לאו הכי לא היה זוכין אע"פ בשיעבד והיוב הוא ולא הקנאה עכ"ל · נראה לפענ"ד דיכולים לומר דאין ראיה דהתם גבי כתובת בנין דכרין השיעבוד לדבר שאינו בעולם כלל · לכן אמרינן דאין ברירה אבל אם ישנו בעולם האיש המשעבד לו רק דאינו מבורר בעת השיעבוד אמרינן יש ברירה ומצינו כיוצא בזה חילוק בתוספות יבמות (דף ל"ג ע"ב) ד"ה אחר וכו' שבענין זה תירץ ה"ר אליעזר מבזנ"א הא דמקשינן דאמר בריש המפקיד (דף ל"ג וכם) אומר דאמר ר"מ כגון פירות דקל דעבידי דאתי ותימא דהא כל הנהו דהכא לא עבידי דאתי · ותירץ אלא בדבר שאין בעולם כלל אבל הך דהכא דהוה בעולם לא בעינן עבידא דאתי עכ"ל · וכהא"ג כתבו התוספות בכתובות (דף נ"ח ע"ב) ד"ה לאחר ועיין בשיטה מקובלת שם · לפי דבריהם יכולין לומר דראיות של המהרי"ט אינו ראיה · לכן נוכל לומר דבשיעבוד אמרינן יש ברירה · ולפ"ז ניחא מה שאמרינן בסוגיא דמעמד שלשתן בסוף פ"ק דגיטין נעשה כאומר לך משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך כפשטיה אף לשיטת הרמב"ן הובא בר"ן שם בחידושיו לרב אלפס דתלוי זה בברירה דגבי שיעבוד אמרינן יש ברירה ולא צריכין לפרש הסוגיא דשם כפירש המהרי"ט שם · וכן דעת הרא"ש בתשובה כלל פ"ח סימן ז' בשטר שלא נכתב שם המלוה אלא בשיעבד עצמו לכל המוציאו השיב דמשתעבד ואעפ"י שהעדים בשטר שקנו ממנו לא הכירוהו ולא ידעו מי היה ובהאי דמשתעבידנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך · ואם ישיב המשיב שאני התם שהמלוה מיהת הרי ידוע וניכר בשטר הא לך ראיה ממקום אחר שאינו הלוי בזה דשבלשי בהרא אני פב"פ לויתי ממך מנה אמר רב הונא ממך ואפילו מר"נ ממך ואפילו משבור מלכא וכתב שאני התם שאעפ"י שלא נזכר שם המלוה בשטר מ"מ הכיר וידע פנים אל פנים אותו שיעבד עצמו לו אבל בנידון דידן הלוה לא הכיר מוצא שטר זה שיעבד עצמו לו הרי לך ראיה דאשוה דמשתעבדנא לך וכו' דמשתעבד אף למי שאינו מכיר וכן מצינו בשאול והיה אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול וכו' ע"כ קוצר דבריו באותו תשובה והביאו המהרי"ט שם · וכתב עליו ד"ה ואינו וכו' וי"ל שאעפ"י שכאן בתשובה נראה לו הכי ר"י ז"ל שם בהלכותיו העלה כדברי רשב"א דאין ברירה · וכבר אמרו בלעולם אנו סומכים על דבריו שבהלכות יותר מדבריו שבתשובה

כמ"ש הטור מפני שהיה באחרונה ולפי מה שכתבנו יכול להיות דכולהו רבוותא מודים דגבי שיעבוד אמרינן יש ברירה מפני הטעם שכתבתי למעלה :

שוב כתב המהרי"ט לפי דבריו דהחיוב דשאול ודוד וגבי מסברני הוא מטעם שליחות · דהיכא למידק מהא דאמרינן בפרק השוכר את הפועל גבי הא דתנן · בא עליה והא"כ נתן לה מותר ודמיגהו וכו' ומוקי לה רב פפא הא דאמר התבעלי לי בטלה כהם הא דאמר בעלה זה ופריך בגמרא וכי אמר בטלה זה מאי הוה הא מחוסר משיכה · ומשני דקאי באגרה הא לאו הכי לא קנתה · ומ"ש מהסיא דמסברני דלא בעי קנין · ותירץ דשואי אלמוס רבנן לשליחות דמילי דעלמא משתעבד באותו הממון שנדר שאותו שליחות הוא אבל כממון גמור דטובת הנאה ממון הוא וכדתנן הרי את מקודשת לי ע"מ שאדבר עליך לשלטון וכו' מקודשת · אי נמי הרי הם עליו כחוב גמור ולא שנאמר שהיה לו קנין בגוף הדבר שנדר לו דלא מני לשלוקי ליה בזוזי דלא יהא אותו שליחות שעשה לו אלא מפות ממש דהשבינן לה להסיא הנאה כאילו נתן ליה ממון מ"מ מעות אינן קונות ומשום הכי פריך ואפילו אמר בטלה זה הא מחוסר משיכה והיכי הייל עליה שם אתנן כיון שאין לה שום זכיה בגוף הטלה · ותרוצו אינו מבין לי · לפי מה שמבואר בח"מ סימן ס' סעיף ו' דאף דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ יכול אדם לחייב א"ע בשמון חיוב כגון שאמר הוו עלי עדים שאני מתחייב לפלוני ככך וכך הייב וכוא שקנו מידו עיי"ש ובדרך זה יכול ג"כ למכור איזה דבר כגון היטין אף שאין לו עיין באורים ותומים ובקצה"ח שם בס"ק ז' מה שכתב בשם כנה"ג ובשם מוהר"א ששון והקנין חל על גופו של דבר · דאם לא תאמר כן דהא הקשה איזה חכם למהרי"ט לשיטת הסוברים דאף על גב דקיי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אדם מתחייב בדבר שלא בא לעולם מדאמרינן כ"פ עברה יוחנן יכיר יכירנה לאחרים שנאמן אדם לומר זה בני בכורי ופריך פשיטא מיגו דאי בעי מיהבא ליה במתנה מי לא יהיב ליה ומשני שנפלו לו לאחר מכאן ופריך ולר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכיר למה לי וכו' ואם איתא אפילו לרבנן יכיר למה לי הא מצי יהיב ליה בתורת חיוב ועיין בחלק ח"מ במהרי"ט בסימן פ"א מה שתרץ על זה ועיין בדברינו בפרחים הקודמים שגם אנחנו כתבנו תירץ על זה אם נאמר דאם אדם מתחייב ליתן כור חיטים לחבירו ואין לו בעת החיוב אין חל הקנין על החיטין כשיהיה לו רק החיוב חל על גופו א"כ יולדך לן הכתוב דיכיר שיש לו קנין להבכור בגוף הנכסים · ונפקא מינה אם יש להבכור קנין בגוף הנכסים יכול למכור בקנין כדין שאר נכסים אף קודם חלוקה כדאיתא ב"ב (דף קכ"ו ע"ב) והלכתא יש לבכור קודם חלוקה ופירש רשב"ם על זה בד"ה והלכתא יש לבכור קודם חלוקה ואם מכר או מחל או נפל חלק אחד בפשוט ויתר בכל הנכסים כולן משום דמהגה קרייה רחמנא ומשמת אב נתינה לבכור עכ"ל הגמרא ופירושה וכן פסק בח"מ סימן רע"ח סעיף ה' דיכול למכור בכור חלק בכורה קודם חלוקה אבל אם לא הוה כתב רחמנא יכיר אף דיכול האב להתחייב ליתן לו כפי חלק בכורתו מ"מ אין הקנין חל על גוף הנכסים · [ולפי דברי המהרי"ט בח"מ סימן כ"ג הא אין יכול למכור · דהא החיוב לא עדיף משטר חוב וקנין בפירות יש כמה דעות דאין להם קנין מן התורה כלל דאף מדרבנן אין להם קנין רק בכתיבה ומסירה ומלוה על פה במעמד שלשתן ולא נקנה בקנין אחר ואף לרבינו חיים דסובר דיש קנין לפירות מן התורה עיין בתוספות ב"מ (דף נ"ו ע"ב) ד"ה ילא וכו' לרבינו חיים נראה דקנה מן התורה אם יש נגוה קרקעות שמוכר נו שיעבוד שיש נו בקרקעות עכ"ל משמע דוקא דאם יש ללוה קרקעות אז יש קנין לשטרות אף מן התורה · לפיכך הוצרך התורה לכתוב יכיר שאף אם אין ללוה קרקעות יכול למכור הבכור חלקו] · ולפ"ז מדלא תירץ המהרי"ט בסימן פ"א לפי הנראה דיכול להקנות גוף הדבר בתורת חיוב כמו לר"מ דס"ל דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם

לעולם דחל הקנין על גוף הדבר שיבא לעולם ה"נ לרבנן אם הקנה לו איזה דבר בתורת חיוב ג"כ נקנה לו גוף הדבר שיבא לעולם · ולפ"ז הדרא קושית המהרי"ט לדוכתא מאי פריך הגמרא בפרק השוכר את הפועל הא מחוסר משיכה והולך נשויה בדקאי בחצירה הא לאו הכי לא קנתה מאי שנא דמשברני דלא בעי קנין · ולא נוכל לחלק ולומר דאם התחייב א"ע ליתן דבר שלא בא לעולם לחבירו וחבירו לא יהיב ליה מידי עבור זה נקנה גוף הדבר כשבא לעולם לחבירו אבל היכא דחבירו צריך לשלם עבור מה שהתחייב א"ע ליתן לו הדבר שלא בא לעולם או כדומה כגון דאמר לה התבעלי בטלה זה וכו' דאף כשאמר התבעלי נתחייב לה מטעם שליחות ליתן לה טלה לפי דעת המהרי"ט ומ"מ כיון דצריכה לשלם הזונה עבור הטלה היינו הביאה אינה נקנית גוף הטלה רק החיוב חל על גופו · זה אינו דכש"כ הוא דכי מחמת שנותנת לו עבור החיוב יהיה גרוע יותר · ולפ"ז ישאר קושית המהרי"ט במקומה מאי פריך הגמרא הא מחסרה משיכה הא מחויב ליתן לה הטלה מטעם חיוב :

ולפי עג"ד נראה לתרץ קושית המהרי"ט הנ"ל אף לפי שיטתו דהחיוב דמשברני הוא מטעם שליחות מ"מ גבי הך דנתן לה טלה לאתנה בעי קנין דהא קיי"ל אין שליחות לדבר עבירה · והתם היכא עבירה כדאיתא בסנהדרין (דף ע"ו ע"א) לכדתניא אל תחלל את בתך להזנותה יכול בכהן המשיא את בתו ללוי וישראל הכתוב מדבר ת"ל להזנותה בחילול שבזנות הכתוב מדבר במוסר את בתו שלא לשם אישות עכ"ל הגמרא ועיין בא"ע סימן כ"ו סעיף א' ברמ"א ויש אומרים שאסור ולוקין על זה משום לא תהיה קדשה ועיין שם בסימן קע"ז סעיף ה' ברמ"א וכל המשיאה עצמה לזנות בין מדעתה בין לדעת אביה הרי זו קדשה ועיין בביאורי הגר"א בשני המקומות · והתם זונה היא מפקרת את עצמה לזנות · דבלאו הכי אינה מיקרי זונה כלל כדאיתא ביבמות (דף ס"א ע"ב) והתניא זונה זונה כשמה דברי ר' אליעזר ר"ע אומר זונה זו מופקרת וכו' וחכמים אומרים אין זונה אלא גיורת ומשוחררת ושנבעלה בעילת זנות כו' עכ"ל הגמרא ופסקו הפוסקים כחכמים עיין בא"ע סימן ו' סעיף ח' איזה היא זונה כו' אפילו היתה קדשה שהפקירה עצמה שהיא במלקות לא נעשית זונה ולא נפסלה מכהונה שהרי אינה אסורה לינשא לו · מוכח מכל זה דלא מיקרי זונה אף אם היא מפקרת עצמה לזנות רק דבעינן בדרגא גרוע יותר מזה היינו שתהיה נבעלת לאדם שאסור לה · ובהשוכר את הפועל הנ"ל המקשה מינה המהרי"ט איירי באתנן זונה בודאי היא מפקרת עצמה לזנות דהא בזה לא מיקרי זונה רק בדרגא גרוע יותר מזה לפ"ז יש איסור לאדם לבעול את הזונה משום לא תהיה קדשה · והשתא אף אם נאמר דחיוב דמשברני הוא מטעם שליחות כדעת המהרי"ט גם מ"מ גבי דאמר התבעלי לי בטלה וכו' כדאיתא בפרק השוכר את הפועל הנ"ל לא נוכל לחייבו מטעם שליחות כדהקשה המהרי"ט דהא קיי"ל אין שליחות לדבר עבירה, ובטלה השליחות :

ועוד נלפענ"ד לתרץ קושית המהרי"ט דאף דפסקו הראשונים הובא בדבריהם בח"מ (סי' קפ"ב סעיף א') האומר לשלוחו צא ומכור לי קרקע או מטלטלין או קנה לי הרי זה מוכר ולוקח ועושה לו שליחותו וכל מעשיו קיימין ואין השליחות צריך קנין ולא עדים · אלא באמירה בעלמא בינו לבין חבירו עכ"ל · נראה לי דהיינו דוקא היכא דליכא מידי למשוך אז נתקיים השליחות רק באמירה בעלמא · אבל היכא דאיכא מידי למשוך לא נתקיים השליחות עד דמשך כדאיתא בב"מ (דף מ"ח ע"א) דתניא נתנה לשלוחו מעל ואמר רב דוקא שלא הוא דלא מהדרה משיכה · אבל מידי אחריתא דמהדרה משיכה לא מעל עד דמשך עכ"ל הגמרא · עיין בהגהות אשרי שם ובתוספות בע"א (דף ע"א) ד"ה פרדשני · ולפ"ז ניחא הא דפריך הגמרא הא לא משך וכי אמר בטלה זה מאי הוה הא מחוסר משיכה דכיון דגם שם יש מה למשוך לא נתקיים השליחות עד דמשך · ועוד נלפענ"ד לתרץ קושית המהרי"ט

דהא מבואר בש"ך בסימן ר"ח ס"ק ב' · דאם נעשה מכירה באיסור דאורייתא והי אפשר לעשות בהיתר המכירה אם לא שיעבור לא נקנה המקח · ולפ"ז הכא גבי אם אמר התבעלי בטלה · אי אפשר לעשות בהיתר דבעד מעות לא היה מוכר הטלה רק מחמת חובת ביאה מכר הטלה · ולכאורה נוכל לדמות למה שכתב הש"ך גם לאם נשבע שלא למכור ועבר ומכר דנתבטל המכירה · ולפ"ז ניחא הא דפריך הגמרא הא מחסרה משיכה דצריכה למשוך הטלה אחר הביאה דאי מטעם חיוב שנתחייב א"ע במה שאמר התבעלי בטלה הזה כקושית המהרי"ט לכאורה הוא מקרי מקח שנעשה באיסור אי אפשר לעשות בהיתר המכירה עד שיעבור · מה שאין כן אם משך הטלה אחר הביאה שהאיסור כבר עשה ואם לא יתן לה הטלה נתחייב לה תשלומין דמי שויה של הטלה · לכן הוה כאלו מקח שלא נעשה באיסור כלל · וכיון שישבנו קושית המהרי"ט הנ"ל · אינו מוכח לומר כתירוץ המהרי"ט שאם התחייב א"ע ליתן לחבירו איזה דבר שהחיוב אינו חל על גוף הדבר רק החיוב חל על גופו אלא נוכל לומר כפשוטו של דבר שהחיוב חל על גופו של הדבר שהתחייב ליתן לו כמו קנין שחל על חפץ הנקנה · וכן משמע בסתימת דברי הפוסקים בח"מ סי' ס' שהבאתי לעיל . ולפ"ז ישאר הקושיות שהקשו למה לא כתב רחמנא יכיר אף לרבנן הא יוכל להתחייב האב ליתן לבנו כפי חלק בכורה שרוצה ליתן ועיין במה שכתבנו בפרקים הקודמים ליישב הקושיא הזאת · ובעת נלפענ"ד לתרץ לפי מה שכתב המהרי"ט שאנו עסוקים בו וכתבנו דבריו בזאת הפרק · שאם מכר או נתן איזה דבר לאיזה איש ואינו מבורר בשעת המכירה או בשעת הנתינה לאיזה הוא אינו חל המקח או הנתינה הנ"ל דתליא זאת הדבר בברירה וקיי"ל דאין ברירה : (עיין במהרי"ט בחלק ח"מ סי' כ"ג) באריכות ולפ"ז קשיא לן היכא אמרינן בכמה דוכתא דיורש יכול למכור ירושתו קודם שחלק עם אחיו וגדולה מזה פסקינן הלכתא בב"ב (דף קכ"ו) דהלכתא דיש לבכור קודם חלוקה ויכול למכור חלקו קודם שחלק עם אחיו (עיין בח"מ סימן רע"ח) והבאתי זאת לעיל ואף שכתב הרשב"ם שם בע"א דאינו יכול למכור ולמחול החלק פשיטות דלא זכה קודם חלוקה שלא הוברר חלקו עיי"ש בד"ה קסבר אינו בכור שכתב כן בהדיא אך אנכי קראתי בלשונו הא כתב השיטה מקובלת שם בד"ה ומר סבר וכו' אבל בחלק פשיטותו מה שעשה עשה ותוקף שמכר חלקו מכור ורבאי · וכדאמרינן בפ' המוכר את הבית פלגא דאית לי בארעא פלגא אלמא יכול הוא למכור אלא שראיתי לר"ש ז"ל שפירש שם וקך דמ"ד יש לו לבכור קודם חלוקה סבר לא עשה ולא כלום בחלק פשיטותו ובחלק פשיטות אחיו אבל בחלק בכורה מה שעשה עשוי וכן פירש כשמועה זאת בכמה מקומות דחלק פשיט אינו יכול למכור קודם שהוברר ולא ירדתי לסוף דעתו ואף הראב"ד ז"ל כן פירש דבחלק פשיטותו מכרו קיים וכן עיקר עכ"ל · ולפ"ז קשה הא איתא בכמה דוכתא דאחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל עיין בגיטין ס"פ השולח והכא קיי"ל כיון דפסקינן דבדאורייתא אין ברירה אין אנו יכולים לומר הוברר הדבר בזה החלק שהגיע לו לאחר חלוקה הוברר למפרע בשעת מיתת האב שהוא חלקו · ולא נוכל לתרץ דהא דאמרינן בכמה דוכתי דיכול למכור חלק ירושתו היינו דוקא באופן שיחול הקנין לאחר החלוקה ושבא אין אנו צריכין לברירה כמו שכתב השאגת ארי' בסי' נ"ג דעד כאן לא קאמר דלמ"ד אין ברירה לא מהני בעולם תנאו בדעת אחרים אלא באומר לכשיתקיים התנאי יהא קדושין או גירושין למפרע בהא איכא למ"ד אין ברירה דלא אמרינן לכשיתקיים התנאי הוברר הדבר שמשעת קדושין או גירושין היה ראוי ועומד להתקיים ומאותה שעה חלין הקדושין או הגירושין למפרע · אבל אם אמר לכשיתקיים התנאי מאותה שעה ולהבא יהיה חלין הקדושין או הגירושין ולא למפרע דבריו קיימין ואין כאן משום יש ברירה או אין ברירה עכ"ל · וכן כתב המהרי"ט בחלק ח"מ סי' כ"ג זה לא נוכל לומר כן דא"כ יכול לחזור היורש מהמכירה קודם החלוקה כדאיתא

במשנה

במשנה דקדושין (דף נ"ח ע"ב) וכן האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום מקודשת לשני עכ"ל המשנה · ופשטיה דסוגיא דב"ב (דף קכ"ד) הנ"ל ומה"מ סי' רע"ח הנ"ל מורה דאינו יכול לחזור מהמכירה אף קודם החלוקה · ולפ"ז מוכרחין אנו לומר שחל הקנין של המכירה שמכר היורש אף קודם החלוקה · וצריכים אנו לומר דגם בקנין של מכירה או נתינה יש ברירה והמהרי"ט הוכיח בסי' כ"ג הנ"ל דבקנין של מכירה או נתינה אמרינן אין ברירה והביא לזה כמה ראיות מהגמרא · וכיון שכן דאמאי יכול היורש למכור חלק ירושתו קודם חלוקה הא אין ידוע ואינו מבורר בעת המכירה איזה שדה יגיע לו בהחלוקה ובחפזי אמרתי לתרץ לפי מה שכתב הרשב"ם בב"ב (דף ס"ז ע"א) על הא דאיתא שם בגמרא והא אמר שמואל מכר לו שבע שדות בשבע מדינות כיון שהחזיק באחת מהן קנה את כולן כו' ופירש רשב"ם על זה כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולן וכדמפרש בפרק קמא דקדושין (דף כ"ו) שנתן לו דמי כולן דכיון דקיבל המוכר כל הדמים של שבע השדות הרי אשתעבד כולהו ללוקח בשביל מעותיו שנתן לו ודי לנו בחזקת אחת מהן עכ"ל הגמרא ופירושה לפ"ז ניחא דהכא נמי מיירי דהלוקח נתן הדמים עבור מקחו חלק הירושה שמכר לו לפ"ז השיעבוד חל על השדה שיגיע לו אחר החלוקה דבשיעבוד אמרינן יש ברירה כמו שכתבתי לעיל ואחר החלוקה חל הקנין על זה השדה כיון דחל השיעבוד מדבר שקל יכול לחול הקנין אף שבמקח וממכר אמרינן אין ברירה מ"מ הכא אמרינן יש ברירה דהטעם הוא דאמרינן אין ברירה לפי שאין ראוי שיחול הדבר על הספק כמו שכתב הר"ן בר"פ השותפין והכא כיון שחל קצת השעבוד היינו השיעבוד ונכנס השדה קצת לרשות הלוקח · לכן תיכף אחר החלוקה חל הקנין ונגמר הקנין שיכנוס השדה לרשות הלוקח לגמרי ובעין סברא זו כתב הר"ן שם על ענין אחר ובסיגנון אחר · ונוכל עוד לומר כיון שחל השיעבוד חל ג"כ על הקנין שהשיעבוד והקנין באים כאחת כעין שאמרו בגיטין (דף ע"ז ע"ב) גיטה וחצירה באין כאחד וכו' עכ"ל הגמרא · וה"נ השיעבוד והקנין באין כאחת ודו"ק · ולפ"ז ניחא מאי דקשיא להו למה כתב רחמנא יכיר הא יכול להתחייב א"ע דהא אילטריך רחמנא לכתוב יכיר משני טעמים · חדא משום דצריכין אנו לומר דמתחילה חל השיעבוד על הנכסים משום דאמרינן ברירה דגם בהא צריכין אנו לומר הוברר הדבר למפרע שזו השדה שהגיע לחלקו אחר החלוקה זו השדה חל השיעבוד והקנין מחמת החיוב בעת שנתחייב אביו ואין אנו יכולין לומר שבעת החלוקה אז חל השיעבוד והקנין והשתא אין אנו צריכין לברירה כדכתב השאגת ארי' בסי' ל"ג ומהרי"ט בסי' כ"ג והבאתים לעיל · זאת לא נוכל לומר כן · דהא לאחר מיתת האב הנכסים של היורשין הן · וכדכתב מהר"י מיגאש בב"ב (דף קל"ז) ד"ה הכותב כו' פירש האי מתניתין במתנת בריא היא · והיינו טעמא דצריך שכתב לו מהיום ולאחר מיתה דאי לא כתב ליה מהיום אשתכח דלא קני ליה אלא לאחר מיתה ולאחר מיתה הא לית ליה מידי כי היכי דליקני להו אחריני אלא נכסי דיורשין נינהו וכיון דכתב ליה מהיום אשתכח דגופא אקני ליה מהיום ופירי לאחר מיתה עכ"ל · אלא ודאי דחל החיוב על הנכסים בעת חיובו של אב וצריכין אנו לברירה ואף שכתבנו דבשיעבוד אמרינן יש ברירה אינו רק מפני תיקון העולם ואף שכתבנו שנשנה בימי דוד ושאול נתקן התקנה זו מ"מ הוא רק מדרבנן כיון דרק מפני תיקון העולם התקינו זאת ולא מפי הגבורה נאמרה לכן הוצרך רחמנא לכתוב יכיר כיון דמדאורייתא קיי"ל דאין ברירה · אחר כותבי זאת התבוננתי מדברי רבינו בעל מחנה אפרים בהלכות זכיה ומתנה סי' א' דנהי דקיי"ל דהשותפין שחלקו לקוחות הן משום דאין ברירה אמרינן אותו חלק שנפל בחלקו היה עד עתה של אחיו וכמ"ש הטור בסי' קנ"ד דאם טוען קניתי ממך הודה לאחר שחלקו החצר ויפול גורלך · אלמא דאינו כלום מהאי טעמא · מ"מ כל זמן שלא חלקו יד שניהם שוה בו ומשיעבד ומקנו כל השדה לכל אחד מהם וכמ"ש הטור בריש סי' קע"ה ושם בסעיף כ"ב וכיון שכן הוא שהשותפין כל זמן שלא חלקו יש לו חלק בכל השדה שפיר מצי להקנותה למי שירצה והרי זה מקנה לחבירו כל השדה לזכות שיש לו בו וכן נראה בפשיטות מתשובות הגאון שהביא הטור בסי' תע"ה ומתשובות הרא"ש ז"ל שהביא בסי' קמ"ט והכי איתא בהדיא בהגהות אשרי בפרק המוכר את הבית · ואף שמסיק שם הבעל מחנה אפרים דביורשין שאני שאינו יכול למכור חלקו קודם חלוקה נ"ל דלא כתב רק לפי דברי הרשב"ם אבל לפי שיטת השיטה מקובצת שהבאתי לעיל בשם הרא"ב"ד בודאי לא היה מחלק בין שותפין ליורשין · ולפ"ז ניחא דלא קשיא איך יכול למכור אחד מן האחין את חלקו קודם חלוקה הא קיי"ל אין ברירה כדכתבתי לעיל הקושיא באריכות דזה אין תלוי בברירה אם ימכור את חלקו שיהיה שותף עם אחיו בהנכסים כמו שהוא שותף עמהם · אבל אם מוכר חלקו מה שיגיע לו אחר החלוקה זה אינו יכול למכור דזה תלוי בברירה · ומ"מ ניחא הקושיא דלמה לי דכתב רחמנא יכיר הא יכול להתחייב א"ע כדכתבתי לעיל הקושיא באריכות · דאילטריך רחמנא לכתוב יכיר דאינו יכול להתחייב א"ע שיתן לו חלק בהנכסים שיפלו אחר כן שיהיה שותף עמו כפי ערך החלק בכורה הא אינו יודע איזה נכסים יפלו לו לאחר מכן דאולי המוריש ימכור את הנכסים שיש לו כעת ויקנה נכסים אחרים · ולפ"ז לא הוברר הנכסים שיכול לחייב א"ע דזה תלה בברירה לפיכך אילטריך למכתב רחמנא יכיר · וכ"ת למה הולך הגמרא לתרוצי דלהכי צריך רחמנא לכתוב יכיר משום שיפלו לאחר מכן · כיון דכתבתי דהטעם הוא דאין מועיל לחייב א"ע משום דזה תלה בברירה הא גם בנכסים שיש לו ג"כ אינו יכול ליתן לו מתנה כפי החלק בכורה וגם לא לחייב א"ע דאולי ימכור אח"כ הנכסים שיש לו ואם יקנה נכסים אחרים אינו מועיל הנתינה והחיוב דתלה · להכי אילטריך רחמנא לכתוב יכיר דאף אם ימכור הנכסים שיש לו אפילו הכי נוטל חלק בכורה דנאמן האב בהכרתו דנוכל לומר דנכלל זה התרוץ בהא דמשני הגמרא בנכסים שנפלו לאחר מכן ונכלל בזה ג"כ דאילטריך לכתוב יכיר בנכסים שיקנה אח"כ והא דמשני הגמרא בהנכסים שנפלו לאחר מכן דזה עדיפא יותר דמתרי טעמי אילטריך רחמנא לכתוב יכיר לפי מאי דמקשה הגמרא שם למה לי קרא מיגו דאי בעי מיתבא ליה מתנה מי לא יהביה ליה חדא דהדבר שלא בא לעולם הוא שנית דתלה בברירה אפילו אם לא ימכור המוריש הנכסים שיש לו ולא יקנה אח"כ שום נכסים אפילו הכי תליא זאת בברירה כמו שכתב השאגת ארי' בסימן ל"ג דהתנאי דתולה בדעת אחרים תלה זאת בברירה ומביא כמה ראיות לזה וה"נ תולה בדעת אחרים דאילו ימכור המוריש הנכסים שיש לו ויקנה אח"כ נכסים אחרים אף שכתבתי בשם הקצה"ח לעיל דיכול לחייב א"ע שיתן לו כור חיטים האף בזה תלא ג"כ בברירה דהא לא הוברר איזה כור חיטים יקנה אח"כ נלפענ"ד דזה הוא רק מדרבנן דמקור הדין נובע מבעל התרומה והוא לומד זאת מדיכול לשעבד דאקני עיין בבאר הגולה בס' סעיף ו' באות ל' לפ"ז משמע דהחיוב הוא רק מדרבנן לפי מה שכתבתי לעיל דהשיעבוד דאקני הוא רק מדרבנן דתלה זאת בברירה ובשיעבוד אמרינן יש ברירה כמ"ש לעיל דאם לא כן לא חל השיעבוד דבשעה שכתב ליה דאקני אינו מבורר בזאת השדה שקנה אח"כ שיקנה אותה ואולי יכול להיות שלא יקנה כלל דהא לא התחייב א"ע נקנות לפ"ז צריכין אנו לברירה דהוברר הדבר למפרע בעת שקנה השדה אחר שלוה שנשתעבדה אותה בעת שכתב דאקני לפי דעת כמה פוסקים שהבאתי לעיל בשיעבוד דאקני חל משעה שכתב דאקני וגם בלאו הכי סוברים כמה ראשונים דהשיעבוד דאקני הוא רק מדרבנן עיין ברשב"ם ס"פ מי שמת בהסוגיא דאקני · ולפ"ז נ"ל דאם היה לאדם אחד בע"ח וכתב בו דאקני והקנה בפני עדים ע"פ איזה סיבה והתרה המלוה את הלוה בפני עדים שלאו שנקרע שלא יפרע לו אלא בפני עדים כי האמת היה במעמד אחד המלוה והלוה והעדים ושוב אין הלוה נאמן

נאמן לומר פרעתי כידוע עיין בח"מ סי' ע' סעיף ג' אמרו לו אל תפרעוני אלא בעדים בין שאמר ליה בשעת הלואה בין שאמר לו אחר שהלוהו צריך לפורעו בעדים ואם אמר שפרעו שלא בעדים אינו נאמן והמלוה גובה ממנו בלא שבועה עכ"ל ולפ"ז יכול לטרוף המלוה מהלקוחות שקנו אחר שלוה· דאם נאמן הלוה לומר פרעתי אינו יכול לגבות מנכסים משועבדים (עיין בש"ך בח"מ סי' ל"ע ס"ק ו') ואח"כ כשבא המלוה לטרוף מן הלוקח שקנה השיעבוד דאקני אמר הלוקח שספק הוא ליה אם פרע לו החוב של המוכר שלו כדי שלא יטרוף והלוקח יכול לשלם את החוב כדי שלא יטרוף (עיין בח"מ סי' קי"ז) וכן איתא בשמה דוכתי· והדין הזה שנפל הספק בין הלוקח ובין המלוה הרי הוא כשאר מלוה על פה· דהא לא התרה המלוה את הלוקח בפני עדים שלא ישלם אלא בפני עדים· לכאורה ה"נ צריך הלוקח לשלם אך לפי מה שכתבתי דהשיעבד דאקני הוא רק מדרבנן אינו צריך לשלם הלוקח· כי נראה לי דדוקא במלוה על פה שמחויב הלוה לשלם מדאורייתא אז אם הוא ספק לו אם פרע או לא מחויב לשלם אם הוא הטעם כמו שכתב הש"ך בסי' ע"ה ס"ק כ"ז דהחיוב ברי והפטור ספק ובכה"ג ברי ושמא ברי עדיף נוכל לומר דהיינו דוקא התם אבל בשיעבוד דאקני שהוא רק החיוב מדרבנן ספק מוציא מידי ודאי כדכתבו התוספות בפסחים (דף ט' ע"א) ד"ה כדי וכו' על הא דאמרינן התם דאין ספק מוציא מידי ודאי ופריך הגמרא שם והתניא חבר שמת וכו' ומשני הגמרא והא בעית אימא ספק וספק הוא דילמא מעיקרא אימר דלא עבילי כרבי אושעיא דא"ר אושעיא מערים אדם על תבואתו ומכניסה במוץ שלה כדי שתהא בהמתו אוכלת ופטורה מן המעשר כו' עכ"ל הגמרא והקשו התוספות על זה ותימא דמ"מ הוי ודאי טבל מדרבנן לענין אכילת קבע אפילו הכניסה במוץ שלה כדאמר כדי שתהא בהמה אוכלת משמע אבל הוא עצמו אסור ובתוספתא תניא ומייתי לה בפ"ק דביצה (דף י"ג) הכונס לבית שיבולין לעשות מהן עיסה אוכל מהן עראי ופטור וקאמר ספק ומוציא מידי ודאי דרבנן והשיב להו בחזקת מתוקנים וגבי המן אמאי לא אתי ספק ומוציא מידי ודאי בדיקה דרבנן דמדאורייתא בביטול בעלמא סגי ואומר ר"י דמתניתין איירי בשלא ביטלו דהוי ודאי דאורייתא עכ"ל· הרי מוכח מדבריהם מכך תירוצא דבדרבנן אתא ספק ומוציא מידי ודאי· ולפ"ז ה"נ בשיעבוד דאקני כיון דהחיוב רק מדרבנן לגבי הלוקח אתא הספק דלוקח דלא ידע אם פרע או לא ומוציא מידי ודאי דמלוה דברי לו שלא פרע לו הלוקח· ואף לפי תירץ השני שכתבו התוספות שם בפסחים דאפשר דנוכל לומר שגם בדרבנן אין ספק מוציא מידי ודאי מ"מ לכאורה נ"ל דהיינו דוקא התם אבל הכא שיש ללוקח חזקת המוחזק דהוא חזקה אלימתא יותר משאר חזקות כידוע עיין בכתובות (דף ע"ה ע"ב) אמר רבא לא תימא רבי יהושע לא אזיל בתר חזקה דגופה כלל אלא כי לא אזיל רבי יהושע בתר חזקה דגופה היכא דאיכא חזקה דממונא אבל היכא דליכא חזקה דממונא אזיל רבי יהושע בתר חזקה דגופה וכו' עכ"ל הגמרא· וכיון דהך חזקה דחזקת המוחזק מסייע להספק דהלוקח אתא הספק ומוציא מידי ודאי דמלוה מה שאין כן גבי טבל והמן דשם לא יש חזקה אלימתא דיהי' מסייע להספק לכן אין הספק מוציא מידי ודאי אף בשמה מדרבנן· וגם להטעם שכתב הט"ז שם בסימן ע"ה דמשום הכי מחויב הלוה לשלם אם ספק לו אם פרע או לא והמלוה טוען ברי שלא פרע משום דמוקמינן בחזקת חיוב· נ"ל דהיינו דוקא התם שגם החיוב מדאורייתא אבל גבי שיעבוד דאקני שהחיוב הוא רק מדרבנן לא מוקמינן בחזקת חיוב· לפי מה שכתבו הפוסקים והביאם הספרי מגדים בשפתי דעת בדיני ספק ספיקא בס' ק"י ס"ק כ'· הפרי חדש אות מ"ט ודין ע"ו והמנחת יעקב בקונטרס הספיקות אות ל"ו והמשנה למלך בפ"י דמקואות הלכה ו'. כולם כתבו דהר"ש ז"ל פוסק כר"מ בטומאה קלה שהוא אף באיתחזק יע"ש וכתב גם הפרי מגדים דמשה דלקמן סי' רי"א מסעיף ס"ז עד סעיף ע"א מבואר· דספק דרבנן לקולא בטומאה שיש לה עיקר מן התורה ואפילו במקום חזקה· ולפ"ז גבי חיוב של השיעבוד דאקני שהוא רק מדרבנן אם יש ספק בהחיוב הזה דהיינו להלוקח אם פרע או לא לא מוקמינן בחזקת חיוב כיון שהוא רק מדרבנן. ואף שמשיק ספרי מגדים שם העולה מזה כפי הנראה דספק דרבנן היכא דאיתחזק משמע לקולא אם לא בספק הגוף וכדומה בספיקא דגוף המעשה שאז אף בדרבנן להחמיר כמ"ש המ"א בסימן ל"ד אות א' דספק בגוף גרע טפי· לפ"ז גבי החיוב של השיעבוד דאקני אם יש להלוקח ספק אם פרע או לא אף שהחיוב רק מדרבנן מ"מ חייב לפרוע דמוקמינן לחזקת חיוב דזה דומה לספק הגוף דהספק הוא בגוף המעשה והולכין אחר חזקה אף שהוא מדרבנן· מ"מ לכאורה נראה דהיינו דוקא התם· מה שאין כן הכא כיון דיש חזקת המוחזק לגבי הלוקח מוקמינן השתא. דאם פרע או לא אהך חזקה. כיון דהוה חזקה אלימתא. ולא מוקמינן בספק אם פרע או לא אחזקת חיוב דהך חזקה הוה רק כשאר חזקות· ואף אם לא תאמר כן מ"מ נראה לי היכא שהספק אם פרע או לא גבי חיוב שיעבוד דאקני שהוא רק מדרבנן. אבל הלוקח והספק הזה נפל באופן דלא הוה ליה למידע להלוקח אם פרע או לא נראה לי דפטור הלוקח ואינו יכול לטרוף המלוה מהנכסים שקנה אחר שלוה כיון שגבי הלואה אם יש ספק להלוה אם פרע או לא במידי דלא הוה ליה למידע יש כמה דיעות בפטור הלוה מלשלם:

פרח יט

כמו שכתב האורים ותומים בסוף סימן ע"ה שלדעת התוס' בשמה דוכתי דר"ה ור"י דס"ל ברי ושמא ברי עדיף ה"מ במקום דה"ל למדע· אבל זולת זה פטור אף לרב הונא ורב יהודה· נראה דהוא הדין לדידן באינו ידוע אם פרעתיך דאם לא כן הא דפרכינן לרב הונא ממשנה דקתני אינו יודע אם גזלתיך דחייב דליכא למימר בדלא תבעו ליה הא סיפא דקתני אינו יודע אם החזרתיך חייב איירי כדתבעו ליה ריפא נמי בכהאי גוונא והולך לדחוק לנטת ידי שמים ולמה לא מוקי המשנה במקום דלא הוה ליה למדע שגזלו כאונס כי חשב שלו הוא וכדומה אופנים טובי ולכך רישא פטור וסיפא חייב· אלא ודאי בכהאי גוונא אף בפרעון פטור וכן דעת המשנה למלך ב"פ ד' מהלכות שאלה ופקדון הלכה א' וכן כתב הרא"ה בח"ב סימן א' ובח"ה כסא"ג וע"ש· והגאון בעל חכם צבי בהגהותיו לשם כתב שכן דעת הרב בעל התרומות שער ל"ה חלק ד'. ועיין בתשובות הרא"ה חלק ב' סימן י"ט ופרח מטה אהרן ח"א סימן ל"א· וכיון שיש גבי הלואה כמה דעות שפטור אם הוא ספק בפרעון גבי הלואה במידי דלא הוה ליה למידע· אף שיש כמה דעות שחולקין על זה כמו שאבאר לקמן· מ"מ לגבי חיוב שיעבוד דאקני לכאורה נראה כיון שהחיוב לגבי לוקח רק מדרבנן כמו שכתבתי בפרח הקודם באריכות. פטור הלוקח לשלם אם יש לו ספק אם פרע להמלוה או לא במידי דלא הוה ליה למודע וגם נקרע השטר באופן שכתבתי בפרח הקודם· דלכאורה פסקינן בהא כהך פוסקים שפסקו דפטור הלוקח אם יש ספק בפרעון במידי דלא הוה ליה למידע אף שאינו מובן לי דברי האו"ת שלפי ענ"ד נראה שמדברי התוספות אינו מוכח מידי דלפי מה שכתבו התוספות בב"ב (דף קל"ה) ד"ה אביי כו' וז"ל ויש לומר דאביי דהכא לא מבעי חילוק בין ברי חבוב דמלוה לברי גרוע דהא קאמר הכא לעולם חייב עכ"ל· וכן משמע מדברי התוספות בב"ק (דף מ"ו ע"א) ד"ה דאפילו וכו' לפי תירץ השני שמבואר שם דלאביי לא מבעי חילוק· דבודאי ליכא הוכחה כהאו"ת הנ"ל· דהתוספות ס"ל דספק פרעון במידי דלא ה"ל למידע פטור· דנוכל לומר דחייב הלוה והא דלא מבני הגמרא בב"ק דמתניתין איירי במידי דהוה ליה למידע ומשום זה פטור אם טוען אינו יודע שחייבתי לך משום דיהיה עכ"פ קושיא לאביי ממתניתין דב"ק. דאביי ס"ל גבי אינו יודע

בחייבתי

שנתחייבתי לך דבמידי דלא ה"ל למידע ג"כ חייב לכן משני הגמרא תירוץ אחר דמתניתין איירי בדלא תבע וכו' ולפי תירוץ זה ג"כ לא קשה על אביי ממתניתין ואף למה שכתבו התוספות ב"מ (דף ל"ז ע"ב) ד"ה רב הונא דגם לאביי פטור גבי אם איני יודע אם נתחייבתי לך במידי דלא הוה ליה למידע ׃ ג"כ נוכל לדחות דנוכל לומר דלעולם ס"ל דחייב והא דלא משני הגמרא בב"ק דמתניתין איירי במידי דלא ה"ל למידע משום דהזיקן דסוגיא דהגמרא דכתובות (דף י"ב ע"ב) לא שני חילוק אף לר"ה ולר"י בין ברי שמא לברי גרוע במידי דלא ה"ל למידע אף דלר"ה ולר"י כתבו התוספות שם ובכמה דוכתי דיש חילוק ׃ לפי זה מוכח דכל מה שנוכל לומר ולתרץ באופן שלא לחלק במידי דלא ה"ל למדע ובין מידי דס"ל למידע מתרצינן דזה התירוץ עדיפא יותר :

עוד כתב הא"ת שם להוכיח ממה שכתבו התוספות בפרק הפרה דבמקום דלא הוה ליה למידע לא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לשבע משלם ושיטתו ראיה מהא דאמרינן ׃ שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין יורשים והטעם דלא ה"ל למדע וקשה א"כ יורש שאמר יודע אני שאבי חייב לך אבל איני יודע אם פרעך למה יפטור ואי הטעם דאמרינן אלו הוה קיים אבוהון הוה טוען ברי דפרע וטוענין ליורש כל מה דהוה מצי לטעון ׃ דא"כ אף בשבועה נימא כן אלו הוה הי הוה טוען ידעתי ואינו חייב כלום והוה מפטר בשבועה ועכשיו דמת פקע הוכו וכמ"ש באמת הש"ך בסי' ע"ב לדחות בזה ראיות התוספות דבעינן ה"ל למידע במחויב שבועה ואינו יכול לשבע משלם מהך דיורשים ׃ אבל הרא"ש דלא ס"ל כן א"כ יקשה מהך דטוענין ליורש דילמא פרע אביו ועל כרחך צריכין לומר דבזה ג"כ הטעם דכיון דלא ה"ל למידע אף באינו יודע אם פרעתי פטור ׃ ומפני קוצר דעתי אינו מובן לי דבריו הקדושים דלעולם נוכל לומר גבי אם אינו יודע אם החזרתי לך במידי דלא ה"ל למידע חייב הלוה לשלם והוכחת התוספות דפ' הפרה הנ"ל כוונתם כך הוא דמחויב שבועה ואינו יכול לשבע דמשלם במידי דלא ה"ל למידע פטור ׃ דאל"כ למה בהא חייב הי אמר ליה המבין ידענא והמבין לא ידענא אי לויתי ממך אי לא ׃ דמתוך שאינו יכול לשבע משלם ׃ ויורשים פטורין אם אמרו המבין ידענו והמבין לא ידענו אם אבינו לוה או לא ׃ וצריך ליתן טעם למה אלא היינו טעמא דבהא חייב לא ידענא דהי' לידע אם לוה או לא ׃ אבל יורשיו לא היו להם לידע במילי דאבוהון אם לוה אביהן או לא ׃ וכן לא אמרינן גבי יורשים מתוך שאינו יכול לשבע משלם ׃ אבל לא נוכל לומר דמהא דאמרינן בגמרא בפרק כל הנשבעין (דף מ"ו) דמוקי הא דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם ׃ כגון שאמר ליה מנה לאבא ביד אביך ואמר ליה המבין ידענא והמבין לא ידענא דאבוהו כה"ג מחייב בהך דאמר המבין ידענא והמבין לא ידענא דספק אם פרע אביו אם לא ׃ דע"כ אי אפשר לומר כן דאבוהון אי הוה טען כהאי גוונא אף במידי דלא הוה ליה למדע ג"כ חייב לשלם ולא שייך בזה שום שבועה דאפילו אם אינו טוען רק המבין והלוה משיב איני יודע אם פרעתי אם לא ג"כ חייב לשלם לכן לא נוכל לומר דהכתוב דשבועת ה' איירי דהאב או היורשים טוענים לא ידענו אם פרענו אם לא וכהאי גוונא כתבו התוספות בכתובות (דף י"ב ע"ב) ד"ה רב הונא וכו' דלר"ה ולר"י דאמרי ברי ושמא חייב לא נוכל לומר דקרא דשבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין בני היורשין כגון אמר מנה לאבא ביד אביך ואמר המבין ידענא דלוה והמבין לא ידענא דלוה ואבוה כה"ג מתוך שאינו יכול לשבע משלם דכיון דאמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב אין כאן שבועה דאפילו הוא אומר אין יודע בכל חייב ׃ ולדבריהם מוקי הקרא הנ"ל כגון שטענו ע"פ עד ׃ עיין בדבריהם כי קצרתי ׃ ומה שכתבו התוספות בשבועות (דף מ"ז ע"ב) ד"ה אי אמרת וכו' ה"נ הכי קאמר הכתוב שבועת ה' תהיה בין שניהם היכא דשייכי וכו' עכ"ל ׃ כוונתם ג"כ כמו שכתבו התוספות בכתובות כגון שטענו ע"פ עד או נוכל לומר דכוונתם כשבוע והו"ק כי קצרתי :

עוד הוכיח הא"ת מדברי התוספות דשבועות (דף מ"ד) ד"ה וניתב ליה בלא שבועה לשכיר הואיל ובעה"ב טרוד בפועליו והקשו התוספות הא קיי"ל אפילו ברי ושמא המוציא מחבירו עליו הראיה ותירצו דהוה כאינו יודע אם החזרתי לך ׃ ולכאורה תמוה דקארי ליה מאי קארי ליה הלא כל הספק בפרעון דבקצולה בעה"ב נשבע ומדכר הכיר פשיטא דהוה אינו יודע אם פרעתיך ומה מקום קושיא זו וכי נעלם מעיני תוספות דבפרעון לכו"ע חייב ׃ ומשנה שלימה היא סוף ב"ק ׃ אמנם ניחא דס"ל לתוספות דהא כאן הבעה"ב עומד וצוח פרעתי ונודע לי בבירור רק אנן לא מהימנינן ליה דאמרינן לרב טרדותיו שכח א"כ לא שייך ה"ל למדע דמה ה"ל לעשות ומה שבע ׃ הא הוא צועק באמת דקדקתי היטב ופרעתי לו ׃ ולכך תירצו התוספות דמ"מ ה"ל כאינו יודע דפרע או דהחכמים חשו לטובת השכיר ותקנו כאילו אומר כך להדיא דאינו יודע או דג"כ שבע וה"ל ליפרע בעדים לבל יעשה עוול לפועלים כי יודע כי טרוד ובקל יטעה ומפני קוצר דעתי אינו מבין גם הוכחה זאת ׃ דהא אם יש לבעה"ב מגו כגון שמכרו בלא בעדים נאמן הבעה"ב כדאיתא בגמרא שם ׃ והקשו הראשונים מפני מה המנוהו במגו בכהאי גוונא ׃ דלמשקר לא חיישינן אלא דהכי קאמרינן דמתוך שהוא טרוד בפועליו סבור שפרעו ולא פרעו וכיון שכן כי איכא מיגו מאי הוה וכי משום דאיכא מגו אזלא לה טרדת פועליו ׃ ותירץ הר"ן דהכי קאמרינן דאי כי טען שפרעו ודאי קושטא קאמר וברי גמור הוא ׃ דאי מסתפקא ליה וטוען בדדמי לא הוה אמר מילתא דידע דמספקי בה רבנן ומשום טרדא לא הוה טוען דלא שכרו כלל ׃ וגם התוספות שם בד"ה מתוך וכו' תירצו ג"כ באופן זה ׃ ולפ"ז נוכל לומר דלעולם גבי אם החזרתי לך במידי דלא ה"ל למדע חייב ומה דהקשו התוספות שם בד"ה וניתב וכו' דהא למ"ד ברי ושמא פטור מאי פריך וניתב לא קשה דהא הטעם דאינו יודע אם החזרתי לך חייב הוא משום כסברת הש"ך בס' ע"ה דספק אינו מוציא מידי ודאי דהא מודה דלוה והכא גבי פועל ובעה"ב לא שייך הטעם הזה דהא הבעה"ב טוען בודאי שהוא פרע רק דהחכמים אמרו דלא נאמינהו לבעה"ב וכי משום זה נאמר דלא להאמין לבעה"ב ׃ וגם לסברת הע"ז דגבי ספק אם פרע או לא דהטעם משום דמוקמינן ליה אחזקת חיוב והכא לא שייך זה דמשום דאיכא חזקת חיוב לא נאמינהו להבעל הבית ודבר תימא לומר כן ׃ לכן הקשו התוספות למאן דאמר ברי ושמא פטור אמאי פריך הגמרא וניתב לה בלא שבועה הא הבעה"ב פטור ולכה"פ הברי שלו הוה כטוען שמא אבל למ"ד ברי ושמא חייב ניחא פירכת הגמרא דברי של הפועל הוה כבאר טענת ברי והברי של בעה"ב לא הוה רק כטוען שמא לכן פריך הגמרא דניתב ליה בלא שבועה :

עוד הוכיח הא"ת בתוספות כתובות (דף ע' ע"ב) ד"ה אי דהקשו בהך משנה הנושא אשה ולא מצא לה בתולים ׃ דס"ל לרבי יהושע לא מפיה אנו חיין ושקליה מנה למ"ד נכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה כתובתה מנה ׃ והקשו התוספות לא ליתב לה מידי דנטעון אילו תחתיו זינתה ברצון והפסידה כתובתה ׃ ומכח זו שקשו תוספות לחדש דין דבספק ספיקא מוציאין ממון והוא דחוק בתכלית ׃ ולכאורה אין כאן קושיא דהא ס"ל לתוספות בב"מ ובדוכתי טובא דאשה אית לה כתובה א"כ תיכף משעת אירוסין נתחייב בכתובה ׃ והוא יטעון דילמא זינתה אח"כ ׃ והיא טוענת ברי לא זניתי א"כ ה"ל אינו יודע אם פרעתיך וחייב מה שאין כן בטוען דרוסת איש קודם לאירוסין ה"ל ספק אם נתחייבתי לך ולכו"ע פטור אפילו לר"י דלא ה"ל למדע כמ"ש התוספות ׃ וע"כ צריך לומר דגם בפרעון אי לא ה"ל למדע פטור וקושיית התוספות שפיר דיטעון בספק אולי זינתה תחתיו ולא ה"ל למדע ׃ והאיתי לבעל נתיבות המשפט שכתב שם בס"ק ה' דאין ממש בראיה זו ׃ דהא אפילו טוען בעל שברצון זינתה בברי אינו

נאמן דהוי כטענת פרעון לגבי שטר כמבואר בהגן העזר · אלא דהכא טעמא אחרינא איכא דנולד הספק לב"ד בלא טענותיהם דהא נאמן הוא שפתח פתוח מצא והוי כידוע שזינתה ספק באונס ספק ברצון והוי כמו באר נולד ספק בשטר דאינו גובה בו עכ"ד · ודבריו אינם מובנים לי · חדא דדבריו אזלי לפי שיטת הרמב"ן שהביא הר"ן בסוגיא דפתח פתוח שלא כתב לה על מנת לכונסה וימצאנה בתולה וכיון שכן עליה להביא ראיה בנתקיים התנאי · אבל הר"ן שם לא ס"ל כך סברא דכיון דאית לה כתובה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה אם אתה אומר נאמן ועלה דידה רמי לברורי ואי אפשר לה להביא ראיה הרי היא קלה בעיניו להוציאה א"כ מה הועילו חכמים בתקנתן הילכך ודאי אי לאו דהימנוהו רבנן משום דחזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה להוה מהימן · זה תורף דבריו · ועיין שם כי קצרתי בדבריו · ולפי דברי הר"ן צריכין לומר הא דאמרינן בכתובות (דף י"ב ע"ב) הא דרב הונא ורב יהודה (פירש דס"ל דברי ושמא חייב ע"כ) דשמואל היא דתנן היתה מעוברת ואמרו לה מה טיבו של עובר זה מאיש פלוני וכהן הוא ר"ג ור' אליעזר אומרים נאמנת אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כרבן גמליאל ואמר ליה רב שמואל בר יהודה לרב יהודה שיננא אמרת לן משמיה דשמואל הלכה כרבן גמליאל אף בראשונה · מאי אף בראשונה אף על גב דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מריה אמר רבן גמליאל ברי עדיף ופירש דהלכה כר"ג אף בראשונה דס"ל גבי תביעת כתובה דנאמנת דברי ושמא חייב כרב הונא ורב יהודה עכ"ל הגמרא · ופירושה דלכאורה קשה בסוגיא זו מה מדמה דין זה לדין מנה בידך והלה אומר איני יודע דקיי"ל דאוקמיה ממונא בחזקת מריה קמא דהא שם איירי במלוה על פה וכאן יש בידה שטר הכתובה ואם איירי במקום שאין כותבין כתובה א"כ הוי תנאי ב"ד · ולפי שיטת הרמב"ן ניחא כיון שלא כתב אלא על מנת לכונסה וימצאנה בתולה · ולפ"ז כיון דלא מצא שהיא בתולה הוה כלא נתקיים התנאי ודינו כמו בשטר שנפל בו ספק דאין גובין בו והוה רק כתביעה בעל פה לכן מדמה הגמרא שפיר · אבל לפי שיטת הר"ן קשה היכי מדמה הגמרא הדדי · אך נוכל לומר לפי שיטת הר"ן כיון דנאמן לומר פ"פ מצאתי מחמת דיש חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה לכן כיון דהוא טוען ברי שמצא פ"פ והוה כמו שנכתב שובר על השטר הכתובה או על תנאי ב"ד במקום שכותבין כתובה כיון דנאמן לומר פ"פ מצאתי · ויד בעל השובר על עליונה נגד בעל השטר דכן דרך לכתוב שובר לבעל שטר (עיין בח"מ סי' מ"ב סעיף ח') ברמ"א ובסמ"ע ס"ק כ"ג ובש"ך ס"ק י"ז ונוכל לומר שזה כוונת הבית שמואל והירוצו על הקושיא הנ"ל (בסימן ס"ה בס"ק כ"ב) · ולפ"ז גם דברי התוספות בכתובות (דף ט' ע"ב) ד"ה אי ג"כ אתי שפיר אף לשיטת הר"ן דאמאי יש לה מנה דאולי ברצון זינתה והשטר והתנאי ב"ד כמאן דליתיה כיון דמצא פ"פ הוה כמו שנכתב שובר · וגם ממקומו הוא מוכרע הדברים הללו דהא התוספות כתבו אליבא דר' יהושע ור' יהושע ס"ל דהבעל נאמן ואינה גובה רק מנה · ולפי זה מוכרחים אנו לומר דהשטר כתובה או התנאי ב"ד המה מבוטלים והוה כמאן דליתיה · דאל"כ למה לא תגבה המאתים כדכתב לה בכתובה מאתים או בתנאי ב"ד שיש לה מאתים · אכן נ"ל דבסוגית הגמרא דכתובות (דף י"ב) אתי שפיר דברינו אך בדברי התוס' בכתובות (דף ט') הנ"ל לא אתי שפיר הדברים שכתבנו · דהא התוס' הקשו למ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה דיש לה כתובה מנה · אמאי יש לה מנה דהא על מנה שיש לה אינה מועלת הטענה דפ"פ דנאמר דהוה כמו שכתבה שובר על הכתובה או על התנאי ב"ד דהא אע"פ שנאמין לו במצא פ"פ מ"מ יש לה מנה דהא כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה מנה · וא"כ לפ"ז האיך הוכיחו התוספות דבספק ספיקא מוציאין ממון דאל"כ למה יש לה מנה הא הבעל יכול לטעון אולי ברצון זינתה תחתיו דלעולם נוכל לומר דבס"ס אין מוציאין ממון ומה שיש לה מנה הוא רק משום תנאי שאם כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה מנה והוה הטענה אולי ברצון זינתה כמו שטוען הלוה על השטר שביד המלוה שמא פרעתי דאין בדבריו כלום (עיין בח"מ סי' ל"ט ובסי' פ"ב סעיף ב') · ואף אם נאמר דהתוס' ס"ל כשיטת הרמב"ן דלא כתב לה כתובה או התנאי ב"ד היה בעת שכנסה אדעתא דהכי שימצאנה בתולה לכאורה ג"כ לא אתי שפיר דברי התוספות · דהא התוספות כתבו דאליבא דמ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה · דאף לר' יהושע יש לה מנה · ולפי זה אף דהכתובה והתנאי ב"ד בעת שכנסה בטלה · מ"מ יש לה מנה מכח תנאי ב"ד האחר דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה מנה · ולפ"ז אינו יכול לטעון הבעל אולי זינתה ברצון תחתיו בשמא נגד תנאי ב"ד והוה כמו שמא נגד שטר דטענת השמא אינו כלום · ולפ"ז נוכל לומר דבספק ספיקא אין מוציאין ממון ואיך הוכיחו התוספות מזה דיש לה לכה"פ מנה דבס"ס מוציאין ממון · גם לא נוכל לומר דהתוספות ס"ל ג"כ כסברת הבית מאיר שכתב בסי' ס"ח הנ"ל על הבית שמואל דשם דהוא מדמה לטוען אמנה או ריבית · דאינו דומה כלל · דשם הטעם משום דאינו יכול לגרוע השטר במה שמורה על השטר היפוכו · דאילו כדטוען למה נתן לו השטר ולכן אינו מחויב לשבע ואינו דומה לפרעון שהשטר עומד לכך מה שאין כן בהנהו טענות דאיתילידו אחר כתיבת השטר · מה ענין כח השטר להכי הא למה זה דומה לטוען נאנסו על שטר פקדון דנאמן וגם דומה להמבואר בח"מ סי' קנ"א באתרא דכתבו שטרא והדר יהבי זוזא וכו' · זה תורף דבריו כי קצרתי · דלפי דבריו הקדושים אינו ניחא רק ליישב הסוגיא דגמרא דכתובות (דף י"ב) הנ"ל · אבל דברי התוספות אי אפשר ליישב בסברת הגאון בעל בית מאיר · דהא התוספות כתבו זאת אליבא דמ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה דיש לה מנה ומוכרחים אנו לומר שהתנאי ב"ד היה שהבעל לא יוכל לטעון שמא זינתה ברצון · א"כ לפ"ז מורה התנאי היפך מהטענה שיכול לטעון הבעל שמא זינתה ברצון והאיך הוכיחוהו התוספות דבס"ס מוציאין ממון מדיש לה מנה דהא דיש לה מנה הוא מתנאי ב"ד:

וכדי ליישב דברי התוספות צריכין אנו לומר דהתוספות ס"ל דהתנאי ב"ד דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה דיש לה מנה הוא דוקא כגון נתארמלה או נתגרשה מן האירוסין דמסתמא היא בחזקת בתולה כדאיתא במשנה כתובות (דף י' ע"ב) בתולה אלמנה גרושה וחלוצה מן האירוסין כתובתן מאתים ויש להם טענת בתולים ולאחר שנשאת לשני נודע שנתיחדה עם בעלה הראשון בעודה שהיתה ארוסתו ובא עליה דביהודה היו עושין כן עיין במשנה (בדף י"ב ע"א) האוכל אצל חמיו ביהודה וכו' בזה התקינו חכמים שיהיה לה לכה"פ מנה · אבל היכא שכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה לא מבעלה שהיה לה מכבר רק מאיש נכרי בזה לא התקינו חכמים שיהיה כתובתה מנה רק כיון דתקינו חכמים בבאורי דוכתי דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה · גם אם היה ידוע בעדים שבאונס נבעלה הוי יש לה כתובה מנה מחמת התנאי ב"ד כמו שהתקינו אם נתארמלה או נתגרשה מן האירוסין דנמצאת בעולה יש לה מנה · אבל היכא דליכא עדים ויכול להיות שברצון זינתה בזה לא התקינו לרבי יהושע דסבירא ליה דאינה נאמנת והסברא נותנת כך דהחכמים דהתקינו דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה הוא רק דליכא חשש שמא זינתה ברצון כגון דנמצאת בעולה מבעלה הראשון אבל היכא דנמצאת בעולה מאיש נכרי כיון דיש חשש שמא זינתה ברצון לר' יהושע דס"ל דהיא אינה נאמנת למה תקנו חכמים על כך דיהיה חוטא נשכר עיין בכתובות (דף י"א ע"א) היינו טעמא שלא יהא חוטא נשכר ועיין בתוספות שם ד"ה אביי וכו' שהביאו שם הסוגיא בפרק שור שנגח ד' וה' (דף ל"ה) דגם שם איתא הסברא שלא יהי' חוטא נשכר וגם בפ' אילו נערות (דף ל"ו) אית ליה לרבא

שלא

בלא יהא חוטא נשכר · וא"כ א"א שהחכמים יחובו לטובת הפרוצות ויהא לה כתובה מנה · לכן הוכיחו התוספות שפיר דבס"ס מוציאין ממון · גם בשאר דוכתי אף היכא דליכא תקנת חכמים · וכיון דיש ס"ס באותה מנה לא משכחת דספק קודם שנתארסה ספק אחר שנתארסה ואת"ל אחר שנתארסה אימור באונס הוה ואונס יש לה מנה כיון דתקנו בשאר דוכתי דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה ויש לה כתובה מנה גם הכא יש לה מנה דהוה כמו דאיכא עדים שנאנסה · דזאת יכול להיות שיהי' בתקנת חכמים דיהיה לה כתובה מנה · וכיון דאין אפשר לתרץ סברת התוספות רק בסברא זו דלא תקשה עליהם הא יש לה מנה מחמת התנאי ב"ד כדכתבתי לעיל באריכות · לפ"ז הוה כמו איני יודע אם נתחייבתי לך · דאם לא תאמר כן דבס"ס מוציאים ממון הא אינה יכול לגבות המנה דהבעל יטעון אולי תחתיו זינתה וע"ז לא התקינו חכמים שיהי' לה מנה והחיוב מחמת התנאי ב"ד כבר בטלה נמלא אם נאמר דבס"ס אין מוציאין ממון והבעל יטעון שמא זינתה תחתיו ברצון יש ספק אם על האשה הזאת התקינו חכמים שיהי' לה מנה או לא · לפ"ז הוה כמו שטוען הבעל איני יודע אם נתחייבתי לך מנה או לא · ולפ"ז ליכא הוכחת הקו"ח מהתוספות הזה דסוברים דבספק פרעון במידי דלא ה"ל למדע פטור כמובן :

גם נוכל לומר דליכא הוכחה מהתוספות דכתובות (דף ט') הנ"ל כהוכחת הקו"ח דלעולם נוכל לומר דחייב ומ"מ כתבו התוספות שפיר דמוכח דבס"ס מוציאין ממון · דאל"כ למה יש לה מנה למ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה מנה הא יש לחוש שמא תחתיו זינתה דלא נוכל לומר כיון דס"ל להתוספות דיש לה כתובה מן האירוסין לפ"ז הוה החיוב ודאי והחשש שמא תחתיו זינתה הוא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי לכן יש לה מנה דהא כתובות אלמנה ודאי מדרבנן כדכתבו התוספות בכמה דוכתי ואחד מהם בכתובות (דף י') ד"ה אמר בסוף הדיבור · לפ"ז אף בכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה דיש לה מנה הוא רק מדרבנן דודאי לא עדיפה מכתובת אלמנה · וכיון שכן לא נוכל לומר גבה דספק אינו מוציא מידי ודאי דהא כתבו התוספות בפסחים (דף ט' ע"א) ד"ה כדי ואחד תירוצו בהדיא דבדרבנן אתי ספק ומוציא מידי ודאי וגם לתירוץ השני דשם ג"כ לכאורה מוכח כן · יהי' איך שיהיו עכ"פ נוכל לומר דהתוספות דכתובות ס"ל דבדרבנן אתי ספק ומוציא מידי ודאי כתירוץ הראשון שכתבו בהדיא כן · ולפ"ז לא נוכל לומר דהא דיש לה מנה משום דלא אתי ספק ומוציא מידי ודאי הא בדרבנן אתי ספק ומוציא מידי ודאי · לכן הוכיחו התוספות מדיש לה מנה מוכח דבס"ס מוציאים ממון · וגם לפי סברת הט"ז בסימן ע"ה דהטעם דאם איני יודע אם החזרתי לך דחייב משום דמוקמינן אחזקת חיוב · היינו דוקא בהלואה או בפקדון שחיובם מדאורייתא הוא · אבל גבי כתובה אם כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה דהכתובה רק מדרבנן הוא כדכתבתי זה לא מוקמינן אחזקת חיוב כדכתב הפרי מגדים בסימן ק"י מדיני ס"ס בפתיחה דעת אות כ' דבספק דרבנן אף אם אתחזק איסורא ספיקו להקל · ולפ"ז כיון דהכתובה דיש לה מנה רק מדרבנן לא מוקמינן אחזקת חיוב · ואף שכתב הפרי מגדים היכא דהוה ספיקו בגוף המעשה בזה אף בדרבנן אם אתחזק איסורא ספיקו לחומרא · הכא גבי כתובה דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה דיש לה מנה לא מיקרי ספק בגוף המעשה · דכיון דודאי נבעלה ואינו ידוע לנו אם באונס אם ברצון הספק הזה מיקרי מצד אחר עיין בתוספות כתובות (דף כ"ג) ד"ה תרווייהו וכו' בתירוץ הראשון ובתירוץ השני שם ועיין בדברינו בפרח הקודם שם ביארתי זה הפרט כפי הצורך · לכן הוכיחו התוספות שפיר מדיש לה כתובה מנה מוכח דבס"ס מוציאין ממון · ולפי דברינו נוכל לדחות הוכחת הקו"ח שהוכיח מתוספות סוטה (דף כ"ה ע"ב) ד"ה בית הילל כו' דהקשו לב"ה למה אינו שותה תקשה לר"ה ולר"י דס"ל כפ"ק דכתובות ברי ושמא ברי עדיף · ואילו דכל זמן שלא שותה לא מיקרי טענה שלא ברי כלל דרגלים לדבר כו' · משמע דס"ל דאף דאמרינן דס"ל למ"ד ברי עדיף אפילו בדלא ה"ל למדע מ"מ באינו יודע אם פרעתיך דהטעם משום ספק אין מוציא מידי ודאי בעינן ה"ל למדע דאם לא כן למה הקשו התוספות רק לר"ה ור"י ולא לכ"ע דהא אינו יודע אם פרעתיך לכ"ע חייב · וכאן אם זינתה ונפסלה כתובתה הוא ליה כאינו יודע אם פרעתיך וקשיא לכ"ע · אלא ודאי דבזה שפיר ס"ל דבעינן ה"ל למדע וזהו לא שייך כאן · ולפי דברינו אינו מוכח מהתוספות דנוכל לומר דהתוספות ס"ל כדעת הרמב"ם בפרק עשירי מהלכות אישות הלכה ז' שכתב שם וצריך וכו' ומה הוא כותב לה אם היתה בתולה אין כותבין לה פחות ממאתים דינרים וכו' וחכמים הם שתקנו כתובה לאשה כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה עכ"ל · מוכח מזה דבעת הרמב"ם דאף כתובת בתולה רק מדרבנן · וכן כתבו התוספות בכתובות (דף י') ד"ה אמר דמשמע מהסוגיא דהתם דכתובת בתולה רק מדרבנן אף דהתוספות מסקי התם דלא פסקינן כהך סוגיא אלא כרבן שמעון בן גמליאל דס"ל דכתובה דאורייתא · מ"מ הא מצינן בכמה דוכתי פעמים רבות שכתבו היפך ממה שכתבו במקום אחר כידוע · לכן נוכל לומר דהתוספות דסוטה אזיל לפי שיטת הרמב"ם דכתובה דבתולה רק מדרבנן · ולכן לא קשה על דברי ב"ה הא קיי"ל דאם אינו יודע אם פרעתיך חייב כדהקשו התוספות לר"ה ולר"י דכיון דכתובה רק מדרבנן ליכא שני הטעמים דחייב באם אינו יודע אם פרעתיך כדכתבתי לעיל מזה · ולכן הקשו התוספות דלרב הונא ולרב יהודה דס"ל דברי ושמא ברי עדיף למה שותה לבית הלל דבברי ושמא אין חילוק אם החיוב דרבנן או לא כמובן · ואין לסבית ראיה מדברי התוספות בכתובות (דף פ"ז ע"ב) ד"ה ואילו וכו' תימא אמאי לא תני כל הני דמתניתין בשלמא להנך דמתניתין דשבועות (דף מ"ד) איכא למימר דלא תני אלא הנהו דס"ד למימר דאין נוטלין אפילו בשבועה · דלהכי קאמר האי ליתנא נשבעין ונוטלין ולא קאמר אין נפרעין אלא בשבועה כמו במתניתין וכו' עכ"ל · ובמשנה דשבועות איתא שם דהפועלים אינם נוטלים מבעה"ב אלא בשבועה כמבואר שם · א"כ מוכח מזה דהתוספות ס"ל דבספק פרעון במידי דלא ה"ל למדע פטור · דאל"כ הא מצד הדין הפועלים נוטלים מבעה"ב בלא שבועה דהא בעה"ב בודאי התחייב ליתן להם שכרם ואינו יודע אם נתן להם החנווני שכרם או לא · ולפ"ז מוכח לכאורה דהתוספות ס"ל דספק פרעון פטור במידי דלא ה"ל למדע · לכן ניחא דבעה"ב לא ה"ל למדע אם פרעם החנווני עבורו או לא · אבל נראה לי דגם מדברי התוספות אילו לא מוכח מידי כיון דהולך התנא דמתניתין דשבועות שם למתני דהחנווני נוטל מבעל הבית בשבועה דגבים מצד הדין אינו נוטל אפילו בשבועה דהוה הבעה"ב לגבי החנווני כאומר אינו יודע אם נתחייבתי לך כמבואר בש"ע בסימן נ"ח · וכיון דצריך התנא לאשמעינן דהחנווני נוטל בשבועה · א"כ הולך לסיים דגם הפועלים נשבעין דזה אינו מן הדקדק לכתוב חצי הדין בנית · לפי מה שכתבו התוספות (בדף פ') ד"ה ישבע וגדולה דהתם לא הביא אותה שצריך להשמיענו דנוטלין דאי לאו דאשמעינן הוה אמינא דאפילו בשבועה אין נוטלין אף על פי דהבית למאי דהביא ליה מרוב כפועלים מן הדין היה לו ליטול בלא שבועה דהוה ליה כאומר הלויתני ואינו יודע אם החזרתי לך דחייב ואינו נשבע אלא להפיס דעתו של בעל הבית · מ"מ אי לאו דאשמעינן לא הוה ידעינן דהבית כאינו יודע דאפילו בשבועה לא היה נוטל וכו' עכ"ל · ולפ"ז ג"כ יתורץ אמאי דהביא במתניתין דהפועלים נוטלים בשבועה דהוה אמינא דאפילו בשבועה לא יטלו דספק פרעון במידי דלא ה"ל למדע פטור · לכן הולך התנא לאשמעינן דהפועלים נוטלין בשבועה :

וכיון שבררנו שאין ראיה שיהיו התוספות סוברים דספק פרעון במידי דלא ה"ל למדע פטור · עתה נבוא לבר ביב כיוה דעות שסוברים בספק פרעון במידי דלא ה"ל למדע

חייב

חייב · דכתב הרשב"א בחידושיו לקדושין בד"ה והשתא על הא דאמרינן שם בגמרא (דף מ"ג) אמר רבא אמר רב נחמן אמר לשנים צאו וקדשו לי את האשה הן הן שלוחיו הן הן עדיו וכו' וכן בדיני ממונות (ופירש"י אם שלח חוב למלוה ע"י שנים ע"כ) וצריכא וכו' · והשתא דתקון רבנן שבועת היסת משתבעי הני עדים דיהבנא ליה ומשתבע מלוה דלא שקיל ליה ופרע ליה לוה למלוה · ופירש"י ע"ז בד"ה והשתא דתיקון רבנן שבועת היסת שאפילו מי שאינו מודה במקצת הטילו עליו שבועה משנה אפילו סבירא לן המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים · אפילו הכי נוגעין בעדותן דאי אמרי אהדרינהו ניהלך בעי אשתבעי לפיכך הן מעידין שקבל מלוה מידם כדי שיפטרו מן השבועה ונוח הוא להם להפסיד הממון למלוה מלהשבע בשקר · דאע"ג דחסידי אמונה לא חסידי אשבועתא הילכך בממון לא אמרינן הן הן עדיו · וכיון דעדים לא הוי הרי הדין הזה כדין הקצוב בשבועות (דף מ"ד) גבי חנווני על פנקסו משתבעי הינהו דיהבו להו להמלוה ונפטרין מן השולח דהוא האמינן בשבועה שמסר להן מעותיו · אבל מלוה אומר שאין נאמנין לו בשבועה ומשתבע דלא שקיל מידייהו ופרע לוה למלוה עכ"ל · הגמרא ופירושה · והקשה ע"ז הרשב"א ומלוה למה הוא נשבע והלא זה אומר לו הלויתני ואינו יודע אם החזרתי לך אם לאו כיון דעדים נוגעים בעדותן הן · ותירץ דה"ל כיון שזה ברי שלא לו וחזקת שליח עושה שליחותו והעדים טוענין ברי שנתנו לו עושין טענתו כברי ועוד שהוא נוטל · ולפ"ז מוכח דהרשב"א ס"ל דאינו יודע אם פרעתיך אף דלא ה"ל למדע ג"כ חייב · דאל"כ מה הקשה הרשב"א הא הלוה לא ה"ל למדע אם פרעו עדים להמלוה או לא · לכן צריך המלוה לשבע · אלא ודאי דס"ל להרשב"א דבספק פרעון אף במידי דלא ה"ל למדע ג"כ חייב · וכ"ת דמשום הכי הקשה הרשב"א דהוה כאינו יודע אם פרעתיך משום דפשע שהיה לו לפרע בעצמו החוב להמלוה ולא לשלוח ע"פ עדים כעין שכתב הנתיבות המשפט גבי חנווני ופועלים דבעל הבית פשע שהיה לו בעצמו לפרוע לפועליו ומפני זה מיקרי מידי דה"ל למדע והביא דבריו אי"ה לקמן · זאת לא נוכל לומר · חדא דאכתוב לקמן אי"ה שדבריו אינם מובנים לי עיי"ש · שנית דאף אם נאמר כסברת הנתיבות המשפט דגבי חנווני ופועלים בבעל הבית פשע מ"מ הכא אם שלח הלוה החוב על פי שני עדים להמלוה וכל מקום שהאמינה התורה שני עדים לכן לא פשע הלוה כלום בזה ומיקרי לא ה"ל למדע ואפילו הכי הקשה הרשב"א הא אין יודע אם פרעתיך וכו' · ולפ"ז מוכח דסובר גם במידי דלא ה"ל למדע אם טוען אינו יודע אם פרעתיך חייב · וי"ל דאזיל הרשב"א לשיטתו דכתב בגיטין (דף ע"ז) בד"ה רבה ורב יוסף על הא דאיתא במשנה וכן לענין החוב וכו' מתנה על מתנה שנכנס יחלוקו ואמרינן בגמרא היכי דמי כו' רבה ורב יוסף דאמרי תרווייהו הכא בשתי כתי עדים עסקינן אחת אומרת קרוב לו ואחת אומרת קרוב לה וכו' · והקשה ע"ז הרשב"א אדרבה הוה ליה כמנה הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך אם לאו דתנן בב"ק (דף קי"ח ע"א) שהוא חייב · ותירץ דשאני התם דליכא רגלים שפרעו אבל הכא הרי נולד ספק זה לפניך והלכך יחלוקו · הרי מוכח מכאן דהרשב"א ס"ל דגבי א"י אם פרעתיך אף דהמלוה ג"כ טוען במה שאינו יודע אם פרע לו הלוה אם לא ג"כ חייב דהא הכא גבי מתנה על מתנה גם המלוה אינו יודע כמו הלוה אם היה קרוב לו או להלוה ואעפ"כ הקשה הרשב"א למה יחלוקו הלא צריך הלוה לשלם כל החוב כמו דאמרינן גבי אינו יודע אם פרעתיך · אף דשם נוכל לומר דמיירי דהמלוה טוען ברי שלא פרע לו הלוה · מ"מ מדמה הרשב"א הדדי · ולפ"ז סובר הרשב"א דגבי אם אינו יודע אם פרעתיך במידי דלא ה"ל למדע ג"כ חייב · דהטעם מאן דס"ל דפטור משום דהוה ברי גרוע והשמא טוב כיון דלא ה"ל למדע · אבל לפי שיטת הרשב"א דגם אם המלוה טוען שמא ג"כ חייב · לפ"ז לא מחלק בין ברי טובה לשמא גרוע או בשמא טוב · לכן ס"ל להרשב"א דגם במידי דלא ה"ל למדע דג"כ חייב יהיה איך שיהיה עכ"פ

מוכח דהרשב"א ס"ל דחייב אף במידי דלא ה"ל למדע וכן דעת הב"י ר"פ הגוזל וכן דעת הרמב"ן בבעל התרומות בשער ל"ט ח"ב דין ב' · וכן דעת המרדכי וכן מורין דברי הרא"ש בריש כתובות עיין שם במה שכתב על תלמידי רבינו יונה הובא כל זה בהו"ת · אף שדעת המרדכי דגבי אינו יודע אם פרעתיך אף אם המלוה טוען שאינו יודע אם פרע לו הלוה או לא ג"כ חייב · ומ"מ חזינן דדעתו במידי דלא ה"ל למדע חייב · השומד לעומתם בדברי הראשונים דעת בעל התרומות בשער ל"ח באות ד' שס"ל שפטור במידי דלא ה"ל למדע עיין בהו"ת לפ"ז מן הראוי לפסוק שחייב במידי דלא ה"ל למדע · ועכשיו נביא ראיה שכן מבואר הפסק בשו"ע שחייב במידי דלא ה"ל למדע · דמבואר בסימן צ"א דחייב הבעל הבית נגד הפועלים משום דה"ל אינו יודע אם פרעתיך דהא אינו יודע אם החנווני פרע לפועליו או לא · אף דגם שם מידי דלא ה"ל למדע כמובן · הרי מוכח מכאן דמידי דלא ה"ל למדע חייב · אף שראיתי לבעל נתיבות המשפט בס"ק ה' שדחה הראיה הזאת משום דהתם בעה"ב פשע דלא הוה להם למסור להחנווני הפרעון כמבואר בב"מ דהפועלים מצי אמרי מאי אית לנו גבי חנווני דטעמא משום פשיעותא אף שלכאורה מבואר כן בשיטה מקובצת בד"ה דאמר ליה · מ"מ נ"ל דאין זו כוונתו · דכתב בד"ה אע"ג דקא משתבע לי לא מהימן לי · ולא דמי למ"ד שומר שמסר לשומר פטור ולא מחייב לו משום דהאיך לא מהימן ליה בשבועה שהרי מ"מ לא פשע שהרי מסרה לבן דעת · ותירץ דהכא קים ליה לחנווני דפועל נשבע לשקר מהר"י כ"ץ ז"ל · הרי מוכח מדבריו שבכאן · שמה שכתב בד"ה אמרי וכו' והוא פשע בעצמו אין כוונתו כפשוטו שבעה"ב פשע · דהא למ"ד שומר שמסר לשומר פטור הא מוכח דלא פשע הבעה"ב שהאמין לחנווני והאיך יתורץ הקושיא שפריך הגמרא בין לרבנן בין לר' יוסי התם גבי חנווני על פנקסו דקתני וכו' למ"ד שומר שמסר לשומר פטור דס"ל כיון שמסר לו לבן דעת לא פשע · וכי תימא דשאני הכא כיון שמכחישו הפועלים את החנווני בברי · אבל התם אינו יודע שבעה"ב האיך נאבד אלא השומר השני אם בפשיעה או באונס זה אינו דהא בשעה שהמחה הבעל הבית את פועליו אצל החנווני לא פשע כלל · דהא לא היה ידוע בעת הזאת שיהיה הכחשה בין החנווני ובין הפועלים · ולפ"ז יבאר קושיית הגמרא למ"ד שומר שמסר לשומר פטור · אלא כוונת השיטה מקובצת במה שכתב שהוא פשע בעצמו ופירש שהפועלים לא גרמו ההיזק לבעה"ב רק הוא בעצמו גרם ההיזק · אבל גם הוא לא גרם שום היזק ולא פשע במה שהמחם אצל חנווני וכן כתב האורים ותומים בסימן צ"א בכמה דוכתי שם ואחד מהם בס"ק ג' שכתב שם בהדיא בכאן הא לא הוה ליה למדע דמה עבידתיה בבעל הבית אצל חנווני לדעת אם פרע להם או לא והא דהמחו אינו פושע דכך הדרך של בעה"ב כמ"ש עכ"ל · ולפ"ז מוכח בחנווני ופועלים דאיתא במשנה בר"פ כל הנשבעין ובגמרא בריש בבא מציעא ובש"ע סימן צ"א גבי אינו יודע אם פרעתיך אף במידי דלא ה"ל למדע ג"כ חייב · לכן נראה לי דראוי לפסוק שחייב במידי דלא ה"ל למדע · אך מחמת שיש מגדולי האחרונים שפסקו דפטור במידי דלא ה"ל למדע כדכתבתי לעיל דבריהם · לכן מן הנכון שיהיה ספיקא דדינא אי פטור במידי דלא ה"ל למדע אי לא · ונפקא מינה אם תפס המלוה בעדים דמהני תפיסתו ואין מוציאין מידו · שאם היה בודאי הדין בפטור הלוה מלשלם הוה מוציאין מידו כדכתב הש"ך בסימן ע"ה ס"ק כ"ו גבי אם אינו יודע אם נתחייבתי לך והמלוה טוען ברי שחייב לו · שכתב הריב"ש סימן שנ"ב בשם הרמב"ן שאם תפס התובע בעדים מפקינן מיניה שאין התפיסה מועלת במה שאין לו זכות אלא בבא לצאת ידי שמים · וצ"ל דהא דנקט תפס בעדים · היינו משום שהתובע טוען ברי וכו' עכ"ל · אבל לפי מה שכתבתי דספיקא דדינא הוא אם תפס המלוה אף שהוא בעדים אין מוציאין מידו · וראיתי להאו"ת שהביא ראיה דחייב במידי דלא ה"ל למדע · מדברי הטור בסימן ע"ב מבואר בשו"ע סימן ע"ב סעיף י"ד בטוען

המלוה

המלוה נאנס המשכון ישבע וגובה חובו · ונתן הטעם שהרי אין הלוה יודע כיצד אבד והוה ליה כהלויתני ואינו יודע אם החזרתי לך · וקשה הא כאן לא ה"ל ללוה לידע באיזה אופן נאבד משכונו ביד המלוה ומה בעי גביה דמלוה ומ"מ מדמה הטור והש"ע לאינו יודע אם פרעתיך · הרי מוכח מכאן דאף במידי דלא ה"ל למדע ג"כ חייב · זה תורף דבריו · ומפני קוצר דעתי נראה לי דאינו ראיה מכאן · דהוכל לומר גבי ספק פרעון במידי דלא הוה ליה למדע פטור משום דהלואה עומד לפרעון והיא טענה מעליא · מה שאין כן גבי אם נאבד המשכון ואינו יודע אם נאבד בפשיעה פטור הלוה מלשלם ואם נאבד באונס חייב הלוה לשלם דבעת שלוה לא היתה עומדת הלואה שיפטור את עצמו הלוה · שיאבד המשכון בפשיעת המלוה · והיא טענה גרוע והרי הוא דומה למאי דאיתא בש"ע בכמה דוכתי והאחד מהם בסימן ע"ה סעיף ז' בש"ך בשם דאינו נאמן לטעון טענת יש לי בידך כנגדו או מחלתו או נתתו כו' אלא במיגו לא היו דברים מעולם או במיגו דפרעתי · והטעם משום דהלואה אינה עומדת רק לפרעון ולא לפטור את עצמו בשאר הטענות · וזאת הסברה הוא מבואר בטור סימן פ"ב אות ט"ו בשם הרמב"ם שכתב בשם רבותיו · ועיין בב"י מה שכתב בשם הרשב"א :

דין היוצא מפרח הזה

דין דאם אינו יודע אם פרעתי במידי דלא ה"ל למדע והמלוה טוען ברי שלא פרע לי הלוה הוא ספיקא דדינא דלא כהכפל מסנה למלך דפסק דפטור הלוה מלשלם. ונפקא מינה אם תפס המלוה אף שהוא בעדים מכל מקום מהני תפיסתו ואין מוציאין מידו כמבואר בפנים :

פרח כ

וראיתי לשער המשפט בסי' ע"ה ס"ק ד' דהא דאין נאמן לטעון יש לי בידך כנגדו או מחלתו לי או נתתו לי במתנה אלא במיגו דלא היו דברים מעולם או פרעתי · וכן מבואר במרדכי דפ"ק דב"ב בשם מוהר"ם והעלה הש"ך בכן דברי הרמב"ם וכתב שם הטעם דמפני מה אינו נאמן לטעון דבמתנה נתת לי שאין דרך לתת מתנה כמו שאין נאמן בטענת מחילה משום שאין דרך למחול חובו ומשום זה הוה טענה גרוע ואינו נאמן אלא במיגו · ולפענ"ד נראה לי דאין הטעם הא דאינו נאמן לומר נתתו לי החוב במתנה משום דאין דרך ליתן מתנה דהא איתא במגילה (דף כ"ו ע"ב) מתנה פליגי בה רב אחא ורבינא חד אמר וחד שרי מאן דאסר כו' ומאן דשרי אי לאו דהוה ליה הנאה מיניה לא הוה יהיב ליה הדר הוה ליה מתנה כזביני עכ"ל הגמרא · הרי מוכח דאין אדם נותן מתנה בכדי וזה הוא מדרכי העולם שיעשו בני אדם טובות זה לזה ולכן גם מדרכי העולם מאן דאית ליה הנאה מחבריה שיתן לו עבור זה מתנה דאל"כ לא יעשה טובות עמו · וכן כתב שבדק הבית בסימן ס' דבמתנה שבו הקנת השוק שאם שיעבד לבעל חובו מטלטלין אגב מקרקעי אינו גובה מהמטלטלים שבהן דבמתנה נמי איכא הקנות השוק והוכיח זאת מהך דמגילה הנ"ל · הרי חזינן דדרכי בני אדם ליתן מתנה דאל"כ מה הקנות השוק איכא דהא לא שכיח שיתן מתנה ועבור מילתא דלא שכיחא לא עבדו הקנהא וכן מוכח ממה דאיתא בגיטין (דף נ"ט) דתקנו חכמים דהפעוטות אם נתנו מתנה מתנתן מתנה אחת מתנת שכיב מרע ואחת מתנת בריא ואחת מתנה מרובה ואחת מתנה מועטת ושם הוא הטעם משום כדי היו תקנו זאת כדי דעבדי ליה נייח נפשיה עיין שם בגמרא שכן מוכח בהדיא דהטעם הוא מפני זה ועיין ברש"י ד"ה מתנתו מאי דפירש כן בהדיא ועיין בח"מ סי' רל"ה סעיף א' · הרי מוכח מזה דדרכן של בני אדם ליתן מתנות זה לזה דאל"כ למה התקינו משום כדי היו היתומים הא לא שכיחא שיתנו מתנה משום דלא עבדו זה לזה נייחו נפשיהו שיהיה הנאה זה מזה שבשבור זה יתנו מתנה זה לזה אלא ודאי דדרך בני אדם לתת מתנות זה לזה עבור שיעשו טובה זה לזה · לכן נראה לי דהא דהטעם דא"נ לטעון נתתו לי החוב במתנה הוא משום דהחוב עומד לפרעון בשעת הלואה ולא ליתן מתנה החוב עצמו אף שכתבתי דשכיחים בני אדם שיתנו מתנות זה לזה · הא חזינן בשעת הלואה מדלא נתן לו במתנה רק בדרך הלואה מסתמא לא היה לו שום הנאה מיניה דיהיב ליה מתנה אף דיכול להיות שלאחר הלואה עבד ליה נייח נפשיה ולכן נתן לו החוב כיון דהיה לו הנאה מיניה מ"מ בשעת הלואה עומד הוא לפרעון ולא ליתן מתנה · לכן אינו נאמן רק במגו וגם כיון דעבד לוה לאיש מלוה כדאיתא בב"ב (דף נ"א) בודאי לא יעשה הלוה להמלוה בחנם ולהיות עבד למלוה ובהכי ניחא דלא קשיא מדברי הרי"ף הלוי והרמב"ם והמחבר בסימן נ"ח ס"ב גבי שטראי דאם יש עדים שנתן לפניהם מעות בסתם ולא ידעו אי בתורת פרעון או בתורת מתנה נאמן לומר שטראי במגו דמתנה והוכיחו כן מפרק שבועת העדות דאמרינן התם האומר לחבירו מנה מניתי לך בפני פלוני ופלוני דאי אמר במתנה יהבינהו ניהליה כי אתי עדים מאי הוה ע"ש · והרי התם ליכא מגו כלל דהא מהימנינן ליה בטענת שטראי במגו דמתנה ואפילו הכי מהימן לומר מתנה הוא ולא אמרינן שאין דרך ליתן מתנה ובודאי לשם פרעון קבלם ואף הרמב"ן דפליג היינו משום שאין דרך ליתן מתנה כשהוא חייב לו · אבל בלאו הכי היה נאמן לומר מתנה הוא כיון שהוא מוחזק במעות ולאו אגופא דשטרא קמסהדי כמבואר בהרא"ש בפרק שבועת העדות · ואם נאמר דהטעם הוא הא דאין נאמן לומר במתנה נתת לי החוב זה משום דאין דרך בני אדם ליתן מתנה היו סותרים דברי הרמב"ם אהדדי דהא העלה הש"ך שם שגם דעת הרמב"ם כן שאינו נאמן לומר במתנה נתת לי החוב הזה וגבי שטראי סובר הרמב"ם דנאמן לומר במתנה נתת לי · אך לפי הטעם שכתבתי משום דבשעת הלואה עומד החוב לפרעון ולא ליתן מתנה אתי שפיר שלא יהיה סתרי דברי הרמב"ם אהדדי וזאת הסברא מבואר ברמב"ם בשם רבותיו והביאם הטור בסי' פ"ב אות ט"ז לפי שיטת בעל העיטור · וכן כתב הרשב"א בתשובה בפירוש והביאו הבית יוסף שם באות י"ב · והוא הדין לטענת מחילה דאין השטר עומד למחילה עכ"ל · ואף להחולקים שם על בעל העיטור והרשב"א הנ"ל יכול להיות שמודים לזאת הסברא אך מטעם אחר חולקים עליהם עיי"ש ודו"ק · וכ"ה אך כתב הרי"ף הלוי וסייעתו דנאמן לומר שטראי במגו דנתן לו במתנה דהא כיון דחייב לו אין מן הדרך שיתן לו מתנה דלא עביד איניש עבד לוה לאיש מלוה כדהוכחנו מב"ב הנ"ל · די"ל כיון דהוכחנו דמתנה הוי כזביני אי לאו דאית ליה הנאה מיניה לא הוה יהיב ליה כדאמרינן במגילה הנ"ל · ולפ"ז יכול לומר במתנה נתת לי אף שחייב לי מ"מ נתן לי במתנה עבור הנאה דהיה לו ממני · וכ"ת דבשביל זה לא הוה עבד לוה וכו' ובודאי שילם עבור החוב דהוכל לומר דמשום כדי הייו שיעשה לו המלוה טובות להבא לכן נתן לו מתנה עבור הנאה דהיה לו מכבר דאל"כ לא יעשה לו טובות להבא כדאמרינן בגיטין הנ"ל שהתקינו שהקטן המגיע לפעוטות שיהיה מתנתו מתנה כדי שיעשה לו טובות שהיו תלוים בזה :

וראיתי לשער המשפט שם שתירץ על הקושיא מפני מה לא נאמן כי טוען במתנה נתת לי הוכי למהרי"ו הלוי ולהרמב"ם הוכא דעתם בש"ע בסימן נ"ח הנ"ל שני הירולים · הראשון בודאי דחוק והוא בעצמו כתב שהוא דחוק · ועל התירוץ השני כתב שנכון הוא ומיישב באופן זה דהא דאין נאמן בטענת מחילה אלא במיגו היינו משום כיון דאיכא עדים שהלוהו ועדיין לא פרע לו הוי כמו מטלטלים ואיכא עדי פקדון וראו · דאינו נאמן לומר בחזר ולקחם אלא במיגו כמבואר בש' פ"ב וקל"ג והוא מטעם כיון שידוע שבתורת פקדון אתי לידיה מוקמינן ליה בחזקת מרא קמא · דבשלמא כשאינו ידוע שבתורת פקדון בא לידו נאמן לומר במתנה

במכר אהיא לידו דכיון שהוא מוחזק בו הזקתו מוכחת עליו דהזקה כל מה שיש תחת ידי אדם הוא שלו · אבל כבידוע שבהגרת פקדון אתא לידו א"כ ליכא ראי' כלל שהוא שלו במה שהוא תחת ידו · לכך אינו נאמן לומר בחזר ולקחם כמו בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ואומן וגודרות דאין להם הזקה כיון דאין הזקתם מוכחת עליהם וא"כ ה"נ לכך אינו נאמן לומר מחלתו לי משום כיון דידוע שהיה חייב לו אוקי ממונא בחזקת מרא קמא ואף דלענין הלוואה לא שייך כ"כ חזקה מרא קמא דלהוצאה ניתנה ובחזקת הלווה קאי · מ"מ כיון דאין ג"כ שום הזקה להלוה וטענת מחילה טענה גרוע היא דלא שכיח · מוקמינן בהזקה קמייתא שעדיין חייב לו · ומהאי טעמא באיני יודע אם פרעתיך חייב לשלם דמוקמינן החוב בהזקה קמייתא כמו שכתב הט"ז בסוף סי' זה עיי"ש :

ולפענ"ד אינו מובן דבריו דהא מוכח מתוך דבריו דהזקת מרא קמא עדיפה מחזקות קמייתא שעדיין חייב לו · ואף אם לא עדיפה חזקת מרא קמא מהזקת חיוב מ"מ מוכח בתוך תירוצו דאם יהיה חזקת מרא קמא אינו נאמן לומר שבמתנה נתנה לי לפי דברינו ואיך כתב הרר"י הלוי וסייעתו דנאמן לומר שטרא' במיגו שנתת לי במתנה דהא אם יטעון שנתת לי במתנה אינו נאמן כיון שנתן לו בפני עדים כמבואר בדבריהם של הרר"י הלוי וסייעתו · א"כ לפי מה שראו עדים היה לה חזקת מרא קמא דהא נתן לו בפני עדים בסתמא ואיך נאמן לומר במתנה נתת לי ובפרט שהיא טענה גרוע לפי מה שכתב הוא בעצמו שלא שכיחא שיתן אדם מתנה לפי דבריו בודאי מוקמינן בחזקת מרא קמא · ובלא דבריו לא תקשה על הרר"י הלוי וסייעתו דנאמן לומר שטרא' במיגו דנתת לי במתנה הא גם במעות איכא חזקת מרא קמא כדמוכח מתוספות פרק המדיר (דף ע"ו ע"א) ד"ה על בעל החמור וכו' ובמולא גופא אית ליה בריש המוכר פירות המוכר שורו לחבירו ונמצא נגהן דאין המעות חוזרין ולא מוקמינן בחזקת מרא קמא אלא אזלינן בתר חזקה דהשתא · הרי חזינן דגם במעות שייך חזקת מרא קמא דאם לא כן לא קשה כלל קושיית התוספות · דבשלמא גבי פרה דשייך הזקת מרא קמא מוקמינן על חזקת מרא קמא אבל גבי מעות לא שייך חזקת מרא קמא איך נוכל לומר דמוקמינן על חזקת מרא קמא גבי המוכר שורו לחבירו ונמצא נגהן כיון דליכא גבי מעות חזקת מרא קמא · וכהאי גוונא מוכח מדברי התוספות (ב"ב דף ס"א ע"ב) ד"ה ארעתא וכו' · דאמרינן חזקת מרא קמא כמו גבי מטלטלין עיי"ש בדבריהם · הרי הוכחנו דהתוספות ס"ל דגם גבי מעות שייך גבייהו חזקת מרא קמא וזאת דוחק לומר שיפלוגו הרר"י הלוי וסייעתו על דברי התוספות · וכיון שכן למה כתבו הרר"י הלוי וסייעתו דנאמן לומר שטרא' במיגו במתנה נתת לי כיון שנתן לו בפני עדים בסתמא כמבואר בדבריהם ולפי ראות עדים יש חזקת מרא קמא גבי המעות שנתן לו בפניהם אף שהמלוה טוען שרי שנתן לו במתנה מ"מ הוה ליה לאוקמי בהזקת מרא קמא כדפריך הגמרא בב"מ (דף ק' ע"א) ומוקמיה על חזקת מרא קמא אף דהם שניהם טוענים ברי כדאיתא במתניתין דהם · וגם בגמרא · ועיין ברש"י ד"ה ברי וברי וכו' דיש לתרץ דברי הרר"י הלוי וסייעתו · ואכתוב מקודם מאי דקביא לן עלן ר"פ שבועת הדינין יתיב רב המנונא קמיה דרב יהודה ויתיב רב יהודה וקא מבעיא ליה מנה מניתיך בפני פלוני ופלוני ועדים רואין אותו מבחוץ מאי · א"ל רב המנונא והלא מה טוען אי לא היו דברים מעולם · הוחזק כפרן אי אמר אין בקלי ודידי שקלי כי אתו עדים מאי הוה ע"ש ואיכא למידק מאי שנא מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דאי איכא עדים שראו אותו שנתנו לו בסתם ולא ידעו אם בתורת מתנה ולקוח או בתורת שאלה אמרינן דמסתמא בתורת שאלה נתנו · א"כ מטעם נמי דעומד להלואה למה לא נימא בתורת הלואה · ותירץ על זה הקצות החשן בסי' ע"ט ס"ק ב' דשאני התם דהדרא בעיניה

להכי בדברים העשוין להשאיל ולהשכיר מוקמינן לה בהזקת מרא קמא · אבל הלואה דהוי להוצאה לא שייך לומר בחזקת בעלים הראשונים דהא מחזקת בעלים הראשונים ודאי יצאה אפילו נתנו לו בתורת הלואה אלא דנימא דנתנו בתורת הלואה וילפרך הלוה לשלם בזה נאמן המקבל לומר דרך מתנה כיון דלא שייך בזה חזקת בעלים הראשונים · ולפ"ז ניחא גם הקושיא שיש לנו על הרר"י הלוי וסייעתו דמשום הכי כתב הרר"י הלוי וסייעתו דנאמן לומר שפרא' במיגו דמתנה נתת לי ולא מוקמינן אחזקת מרא קמא כיון דלא הדרא המעות · דאף לפי דברי הלוה דשילם לו המעות להמלוה עבור חובו · המעות להוצאה ניתנה · דהמה של המלוה לגמרי · והתוספות שכתבו דבמעות שייך החזקת מרא קמא אזלי לשיטתם שכתבו בריש פ' המוכר פירות (דף ל"ב ע"ב) דמקח טעות ה"ל מעות פקדון וע"ש · וא"כ ודאי שייך מרא קמא · אבל לפי מה שפסק הרמ"א בח"מ בסוף סי' רל"ב דמקח טעות ה"ל מעות הלואה ודינו כבע"ח לפ"ז לא שייך לומר חזקת מרא קמא · ובהכי ניחא דברי הש"ך בח"מ סוף סימן ל"א שמסתפק אם שייך גבי מעות מרא קמא או לא אם יש ויכוח בין המוכר ובין הלוקח באיזה אופן מכר לו שלא יקשה על דבריו שהתוספות כתבו דבמעות שייך חזקת מרא קמא דלפי מה שכתבנו ניחא ועיין בדברינו בכפתור ראשון · ושם הארכתי קצת · ועיין בשב שמעתתא שמעתתא ד' סוף פ' י"ד · אך מה שכתבנו לדבריהם של הרר"י הלוי וסייעתו מוכח דבמעות לא שייך חזקת מרא קמא היינו דוקא אם נאמר דסוברים כשיטת הרשב"א והר"ן דהמפרנס לאדם אחד בשהם לא אמרינן מתנה קא יהיב ליה אלא לשם הלואה · עיין בדברי הר"ן בנדרים (דף ל"ג ע"ב) ד"ה גזירה וחידושי הרשב"א שם בד"ה עמד לפי דבריהם אם אדם אחד נתן לחבירו מאה זוז בסתמא ולא פירש אם במתנה נתן לו או לא הוה כמו שראו עדים שלא נתן מתנה בפניהם כיון דלא פירש · ובפרט דנוכל לומר דמוקמינן המעות בחזקת מרא קמא · לפ"ז מוכח דהרר"י הלוי וסייעתו סוברים דלא שייך במעות חזקת מרא קמא באופן להרר"י הלוי אדרבה מוקמינן המעות בחזקת המוחזק שהוא תחת ידו כיון דאף לפי דברי הלוה המעות נתן להמלוה שיהי' שלו כמו שכתבנו לעיל · אבל אם נאמר דהרר"י הלוי וסייעתו סוברים כשיטת הרשב"א והר"ן בקדושין דאם נתן לאחד בסתמא במתנה קא יהיב ליה עיין בר"ן בהסוגיא אמר רבא תן מנה לפלוני ואקדיש אני לך דמקודשת מדין ערב בד"ה תן וברשב"א בחידושיו שם (דף ו') ד"ה ר' יהודה אומר לפ"ז לא מוכח מדברי הרר"י הלוי דבמעות לא שייך לומר חזקת מרא קמא כיון דנתן לפני עדים בסתמא הוה כמו שאומר בפירוש שנתן להם במתנה ומשום זה סוברים דנאמן לומר שטרא' במיגו דבמתנה נתן לי הלוה · אך מהגמרא דשבועת העדות מוכח דבמעות לא שייך חזקת מרא קמא דאל"כ יקשה קושיית הקצות החושן הנ"ל דהא התם לא נוכל לומר לפי ראות העדים דמתנה קא יהיב לו ומדלא ידע אם במתנה נתן או לא · דהא שם מיירי שהעדים רואין אותו מבחוץ כדאיתא בגמרא ומחמת זה אין אנו יודעים אם פירש בפירוש שבמתנה נתן · או אם פירש בפירוש שבדרך הלואה נתן · תדע דהא התם יש הכחשה בין הנותן להמקבל ואיך קאמר התם אי אמר אין בקלי ודידי שקלי כי אתו עדים מאי הוה וכו' הרי יוכל להתברר ע"פ עדים · אלא ודאי כמו"ש התוס' שם · כיון דהעדים רואין אותו מבחוץ לא שמעו באיזה אופן נתן המנה · היוצא מדברינו דמוכח דבמעות באופן זה אינו שייך לומר חזקת מרא קמא · ולפ"ז מה שכתב השער המשפט דיש סברא לומר דשייך החזקת מרא קמא גבי מעות באופן זה · זאת בודאי לא נוכל לומר כן · ומה שכתב עוד דאף אם נאמר דלא שייך גבי מעות כל כך הזקת מרא קמא · מ"מ כיון דגם כן אין שום חזקה להלוה וטענת מחילה טענה גרוע היא דלא שכיחא מוקמינן החוב בחזקה קמייתא שעדיין חייב לו ומהאי טעמא באינו יודע אם פרעתיך חייב לשלם דמוקמינן החוב בחזקה קמייתא כמ"ש הט"ז בס"ס זה ע"ש · גם זה

נראה

נראה לפענ"ד שלא כדבריו דמלידו תברא דהא אם המלוה טוען ברי שאתה חייב לי מנה והלה מושיב שאינו חייב כלום שפרעתי לך דפטור כמבואר שם ולא מוקמינן אחזקת חיוב · הרי מוכח דבברי וברי לא שייך לומר דמוקמינן אחזקת חיוב ולפ"ז ה"ה אם טוען הלוה ברי שהמלוה נתן לו במתנה את חובו לא שייך גביה דמוקמינן אחזקת חיוב אף לפי דבריו שבמתנה נתת והיא טענה גרוע דלא שכיח הוא שיתן במתנה מ"מ כיון דברי וברי הוא · ולפי דברינו שהוכחנו שדרך ליתן מתנה ומה שאמרינן שבמתנה נתת לי החוב היא טענה גרוע מטעם אחר בודאי לא שייך לומר בזה דמוקמינן אחזקת חיוב · ולפ"ז גם תירוץ השני של שער המשפט אינו עולה יפה וצריכין אנו לתרץ כמו שכתבנו :

עוד ראיתי לשער המשפט שם שהקשה על הש"ך דהוכיח מדברי הרמב"ם דנתת לי במתנה חובו אינו נאמן אלא במיגו מדכתב טענת נתת לי במתנה בכלל הטענות שאינה מועלת אלא במיגו כגון אם טוען נתת ומכרת לי וכהאי גוונא פשיטא דאינו נאמן אלא במיגו כדמוכח בש"ס בכמה דוכתי · ואתפלא מאד על הרא"ה ותמה ע"ז השער המשפט על הש"ך דבטענת מכרתו לי מפיקדא אין צריך שום מיגו כלל אלא בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר אבל בשאר מטלטלים נאמן לומר שבא לידו בתורת מכירה או מתנה אף שיש עדים שהחפץ היה של המערער וראו עתה החפץ ביד המחזיק כמבואר בטור בהמחבר סימן קל"ג ה"א וס"ב עיי"ש · ולפענ"ד נראה כדברי הש"ך דז"ל הרמב"ם שהוכיח הש"ך דבטענות מחלת לי או נתת לי במתנה אינו נאמן אלא במיגו · דכתב בפ"א מהלכות טוען הלכה ג' הטוען מטלטלין וכו' או שאמר אמת שהי' לך אצלי אבל מחלת לי או נתת לי או מכרת לי או החזרתי לך וכו' אבל חכמי הגמרא תקנו שישבע הנתבע בכל אלו שבועת היסת ויפטור · ע"כ לשונו · מוכח מזה כמו דקאי טענת החזרתי שכתב הרמב"ם לבסוף על ראש דבריו או שאמר אמת שהיה לך אצלי דבזה בודאי אי אפשר לומר באופן אחר כמובן ה"נ במה שכתב הרמב"ם נתת לי או מכרת לי שכתב מקודם דאי החזרתי ג"כ קאי על מה שאמר אמת שהיה לך אצלי דאל"כ למה כתב הרמב"ם באמצע דבריו נתת לי מכרת לי ה"ל לכתוב מקודם החזרתי שקאי על ראש דבריו שאמר אמת שהי' לך וכו' ואח"כ ה"ל לכתוב או מכרת או נתת לי אם נאמר כדברי שער המשפט שנתת לי או מכרת לי פירוש שטוען שבא לידו מתחלה בתורת מתנה או בתורת מכירה אלא ודאי דמה שכתב הרמב"ם נתת לי או מכרת לי קאי על מה שאמר אמת שהי' לך אצלי ובזה כתב שפיר הש"ך דמבואר בכמה דוכתי דאינו נאמן אלא במיגו או במיגו דלהד"ם אם מסר לו שלא בעדים או במיגו דהחזרתי אם מסר לו בעדים ולא ראו עתה העדים החפץ הזה תחת ידו וזהו מבואר בהדיא בסי' קל"ג מהר"י' שהביא שער המשפט לדבריו :

פרח כא

ולפי מה שכתבתי בפרח הקודם דאין דרך בני אדם ליתן מתנה אם לאו דאית ליה הנאה מקודם והוכחתי זאת ממגילה (דף כ"ו ע"ב) דאמרינן שם דמהנות זה ה"ל מתנה כזביני. עכ"ל הגמרא · וכן הוכחתי מגיטין (דף כ"ט ע"א) דהתקינו חכמים בקטן בהגיע לפעוטות מתנתו מתנה משום כדי חייו עיין בדברינו בפרח הקודם שבארתי זאת באריכות קצת · ולפי זה נלפענ"ד כדברי הש"ך והט"ז לקמן (בסי' קע"ו סעיף י"א ס"ק כ"ה) שהשיגו על דברי הרמ"א שכתב דאם ראובן הלך ופטר חובות של שמעון חבירו ואמר בשבות שמעון פטרו דאם יש עדים שפטרו א"צ לומר דשמעון צוהו לפוטרו · ואם אין עדים נאמן במגו · והש"ך והט"ז תמהו עליו דבמרדכי פרק החובל ובתשובות מיימוני לסדר נזיקין סי' י"ב מבואר להדיא דאף במגו אינו נאמן דאין אדם אומר להפסיד חובותיו בחנם והשער המשפט (בסי' ע"ה ס"ק ה') כתב שדברי הרמ"א נכונים דאף שמבואר להדיא כדברי הש"ך מדברי המרדכי בתשובות מיימוני מ"מ לא קיי"ל כן דאמאי לא יהיה נאמן שמעון צוהו למחול החובות במגו דאי בעי אמר שלא פטרן כלל דמי גרע מהלוה עצמו במלוה על פה שנאמן לומר אתה מחלת לי במגו דפרעתיך כהסכמת כל הפוסקים כאן ואמאי לא נאמר דהוי מגו במקום עדים דמסתמא אין אדם מוחל את חובו בחנם · ולפי מה שכתבנו דברי הט"ז והש"ך נכונים · דבשלמא גבי טען מחלת לי או נתת לי חובי דנאמן הלוה במגו דשכיח שיתן אדם מתנה לחבירו עבור הנאה דאית ליה מקודם כמו שהוכחנו ממגילה ומגיטין הנ"ל · לכן נאמן הלוה לומר נתת לי חובי במתנה במגו כיון דשכיח שיתן מתנה דדרך בני אדם שיעשו טובות זה לזה שמלפה שבודאי יתן לו מתנה עבור זה · משא"כ בהדין שמבואר ברמ"א דראובן הלך ופטר חובו של שמעון חבירו ואמר שבשבות שמעון פטרו דהתם פטר כל החובות שהיו לשמעון שכתב בלשון רבים חובות וכן מבואר במרדכי ובתשובת מיימוני בלשון רבים זה הדין שראובן פטר כל החובות של שמעון עיין בהבריהם שכן מבואר בהדיא לפ"ז לא שייך הכא לומר שכל אנשי בעלי החובות של שמעון שלוה את ראובן לפוטרן כל האנשים הללו עשו טובות וגייה נפשיה לשמעון המלוה שלהם ולכן צוה את ראובן לפוטרן החובות · זאת אינו עולה על הדעת לומר כן שיזדמנו שכל בעלי החובות עשו טובות לשמעון בבת אחת שבשביל זה יתן להם את חובם במתנה לכן מדמה המרדכי והתשובות מיימוני להא דאמרינן בפ' החובל שורי הרגת נטיעותי קצצת והלה אומר אתה אמרת לי להרגו וכו' דנאמן ופריך הש"ס כל כמיניה אלמא דאינו נאמן לומר אתה צויתני ואפילו באין עדים שקצץ אינו נאמן במגו דאל"כ לוקמא בליכא עדים · אלא ש"מ דאף בלא עדים אינו נאמן במגו :

ומה שכתב עוד השער המשפט דנראה לו ברור דמוהר"ם בתשובה זו סובר באמת דאף הלוה גופא אינו נאמן לומר אתה מחלת לי אף במגו לפי מה שכתב המרדכי בשמו בפ"ק דב"ב גבי הזקה אין אדם פורע בתוך זמנו עיי"ש שהאריך קצת בפירוש דברי המוהר"ם שהביא במרדכי שם · ולפענ"ד נראה דהפירוש בדברי המוהר"ם שהביא המרדכי · וז"ל רבינו מאיר הקשה אמאי אין אדם נאמן לומר פרעתי בתוך זמנו במגו דאי בעי אמר אתה מחלתו לי ופסק מכאן דטענת מחילה טענה גרוע היא ואינו צריך לשבע אף במלוה על פה והכא נמי לא משבעינן לשכנגדו דלא מחל · ובסוף מלאתי תשובות רבינו מאיר שפסק בענין אחר וכתב דכל היכא דאיכא למימר מגו אמרינן מגו ונאמן לומר מחלת לי במגו דלהד"ס ופרעתי ובאי הכא דאינו נאמן לומר מחלת לי דליכא מגו דלהד"ס או פרעתי וכן פסק המיימוני עכ"ל · ונלפענ"ד דהפירוש כדברי המרדכי במה שכתב שבסוף מלאתי תשובת רבינו מאיר שפסק בענין אחר וכו' כוונתו דבתשובות מהר"ם שהביא מקודם מבואר שם דבטענת מחלת לי לא משבעינן לשכנגדו דלא מחל · לפ"ז צריכין אנו לומר דאם טוען הלוה פרעתי בתוך זמנו גם שם אין צריך המלוה לשבע ובזה יש פלוגתא בין הפוסקים אם צריך המלוה לישבע או לא · עיין בסי' ע"ה סעיף ב' ברמ"א וכיון דאין צריך לישבע אם טוען פרעתי בתוך זמנו משום זה ג"כ אם טוען אתה מחלתי לי בתוך זמנו אינו צריך לישבע כיון דליכא מגו · וגבי תשובה מוהר"ם אחרת שכתב המרדכי שפסק בענין אחר אינו חולק המוהר"ם דאין צריך המלוה לשבע · וזה כוונת המרדכי דאם נאמר כדבריו שתשובת מוהר"ם שהביא המרדכי באחרונה חולק על דברי עצמו שהביא המרדכי מקודם היה לו להמרדכי לכתוב שמוהר"ם חולק על דברי עצמו ומדכתב שפסק בענין אחר משמע מדבריו שבענין הדין אינו חולק על דברי עצמו רק שפסק בענין אחר ובדברינו אלו סרה כל דברי השער המשפט מה שפירש כוונת המרדכי בדברי המוהר"ם · ומה שכתב עוד השער המשפט ראיה ברורה

מדברי

לדברי הרמ"א והיוצא דמוהר"ם בתשובה מש"ס ערוכה פרק חזקת הבתים (דף מ"ה ע"ב) דאיתא התם בברייתא ראה כגדו ביד אומן וטליתו ביד כובס אמר לו מה טיבו אצלך אמר מכרתו לי אתה נתת לי במתנה לא אמר כלום בפני אמרת לו למוכרו וליתן לו במתנה דבריו קיימין ופריך עלה מ"ש רישא ומ"ש סיפא ומוקי סיפא ביוצא מתחת יד אחר ואמר לו האחר בפני אמרת לו למוכרו וליתן לו במתנה דבריו קיימין · הרי להדיא דנאמן השני לומר דבמתנה צוה הבעה"ב למוסרו לאומן במגו דמינך זבינתיה ומה לי מחילה ומה לי מתנה · אלמא דמהני מגו בכהאי גוונא ולא אמרינן דהוי מגו במקום עדים ומאד היתה הראיה ברורה בעיניו עד שכתב שלא מצא שום מקום ליישב דברי המוהר"ם כי אם בדוחק גדול · ואי אומר דגברא קא חזינא הכא והיוצא לא קא חזינא כלל · דאין מהגמרא דחזקת הבתים שום קצת ראיה לפי דברי שכתבתי מקודם · דאין דרך בני אדם ליתן מתנות אם לאו דהוה ליה הנאה מקודם כמו שהוכחתי ממגילה ומגיטין הנ"ל וגם הוכחתי זאת בפרח הקודם מדברי הבדק הבית בריש סי' ס' עיי"ש משום הכי נאמן ביוצא מתחת יד אחר ואמר לו אתה בפני אמרת לו למכרו וליתן לו במתנה דבריו קיימין משום דהתם יוכל לומר דהיה לו הנאה לבעה"ב מהאומן מכבר משא"כ נאמן ביוצא מתחת יד אחר במגו · משא"כ בהך דינא דמבואר במרדכי ובתשובת מיימוני · דשם לא שייך לומר דהיה לו הנאה מכל הבע"ח של שמעון המלוה לכן צוה לראובן לפוטרן כדכתבתי לעיל · לכן אינו נאמן ראובן שפטרן ברשות שמעון · ובזה סרה התיובתא של שער המשפט ואדרבה ראיה ברורה שאין כוונת הרמ"א כדברי שער המשפט שהיה חולק על המרדכי ומוהר"ם ופסק כדברי עצמו בדרכי משה באות ה' מבואר שפסק להדיא כדברי המוהר"ם שהובא במרדכי הנ"ל והיינו מבואר שם כלל שחולק על דברי המוהר"ם והאיך נאמר שבש"ע פסק שלא כדברי המוהר"ם וזה אין דרכו של הרמ"א כידוע לכל · אך בזה אינם מובנים לי דברי הש"ך שם בסי' קע"ו מה שהשיג על המהרש"ל דס"ל דיכול ראובן לומר השבע לי שלא צויתני לפוטרו דלא גרע מיש לו בע"ח על חבירו דיכול לומר לו השבע לי שלא פרעתי · וק"ו בנדון זה וכ"ש היכא דליכא עדים שלא פרע לו עובד כוכבים חוב זה אפילו איכא עדים שפטרו דיכול לומר השבע לי דלא פרעך העובד כוכבים · והשיג עליו הש"ך דכיון דחייב לשלם מכח חזקה דאנן סהדי דאין אדם פוטר חובותיו בחנם א"כ נוטל שלא בשבועה כדקיי"ל לעיל סי' ע"ח בהך חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו · זה תורף דבריו עיי"ש כי קצרתי · ולפענ"ד נראה לתרץ דברי המהרש"ל דהכא כיון שיש חזקה אחרת דאין אדם חוטא ולא לו כדאיתא הך חזקה בקדושין (דף כ"ג ע"ב) נאמן ליתן גט אין אדם חוטא ולא לו עכ"ל הגמרא · וא"כ האיך פוטר ראובן חובותיו של שמעון שלא ברשותו דהא אין לו שום הנאה מזה · לכן אתא הך חזקה דאין אדם חוטא ולא לו ומרע קצת הך חזקה דאין אדם מוחל חובותיו בחנם · וכיון דמרע קצת לכן צריך לשבע שמעון שלא צוה לראובן לפוטרן · משא"כ במאי דמבואר בסי' ע"ח בהך חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו בזה לא יש שום חזקה דמרע להך חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו לכן קיי"ל התם דאין צריך המלוה לשבע :

דין היוצא מפרח זה

דין דאם ראובן הלך ופטר חובות של שמעון והאומר שצוה לו לעשות כן אף אם אין לשמעון עדות והיה יכול לומר שהחובות אינם של שמעון או שהוא לא פטרן מ"מ אינו נאמן במגו זה ששמעון צוה לו לפוטרן כדברי הט"ז והש"ך (בסי' קע"ו סעיף י"א) · ומה שהשיג עליהם השער המשפט בסימן ע"ה דבריו אינם נכונים · אך נראה לפענ"ד שדברי המהרש"ל נכונים שצריך שמעון לשבע שלא צוה ראובן לפוטרן ואף שהשיג עליו הש"ך דאין שמעון צריך לשבע · מ"מ נלפענ"ד דדברי המהרש"ל נכונים כמבואר בפנים :

פרח כב

ולפי מה שכתבנו בפרח הקודם דאין אדם עושה ליתן מתנה לחבירו אם לאו דהיה לו הנאה מקודם והוכחנו זאת ממגילה ומגיטין עיין בריש הפרח הקודם ובפרח כ' הארכנו יותר עיי"ש · נראה לפענ"ד מה דנסתפק השער המשפט בסימן ע"ה בס"ק ו' במודה שקיבל מעות אלא שטוען אינו יודע אם היתה הלואה או מתנה אי הוי כאינו יודע אם הלויתני ופטור · או דילמא כיון שמודה שבא ממון חבירו לידו אלא שאינו זוכר באיזה אופן בא לידו חייב לשלם · ולפי מה שכתבנו נראה מצד הסברא אם המקבל מעות הזה לא עשה לו שום טובה בשביל זה יתן לו חבירו מתנה בזה נראה שלא נתן במתנה דאין דרך בני אדם ליתן מתנה בחנם כדהוכחנו מהגמרות הנ"ל · וגם בבדק הבית שהבאתי בפרחים הנ"ל · אבל אם המקבל המעות הזה עשה לו מקודם איזה טובה והי' לו הנאה מני' · בזה נראה שנתן לו המעות לשם מתנה דדרך בני אדם ליתן עבור הנאה שהיה מיניה איזה מתנה. משום כדי חייו כמו שהתקינו חכמים בקטן שהגיע לפעוטות שיהיה מתנתו מתנה שחיי הקטן תלויים בזה כדאיתא בגיטין הנ"ל · כן היה נראה להורה מצד הסברא · והנה השער המשפט שם הביא ראיה ממה שכתב בעל התרומות והביאו הב"י והרב בסימן ס"ט סעיף ב' בהוציא עליו כתיבת ידו והוא טוען אינו יודע אם הלויתני ובמה שכתבתי וחתמתי שמי בסוף המגלה ומלא זה וכתב עליו דמסתברא דחייב לשלם משום דהחתימה ודאי והלואה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי · אלמא אף דאיכא למימר שלא חתם כלל לשם חוב בעולם מ"מ כיון שהחוב ודאי לפנינו אין ספק מוציא מידי ודאי וא"כ הכי נמי י"ל כיון שמודה שנטל ממון מחבירו ואינו יודע אם נתנו לו במתנה או לא אין ספק מוציא מידי ודאי וחייב להחזירו למקום שנטלו ממנו · דהא הטעם דאינו יודע אם הלויתני פטור ולא אמרינן ברי עדיף הוא משום דאוקי ממונא בחזקת מריה · והכא כיון שודאי נטלו מחבירו וספק אם במתנה בא לידו בכהאי גוונא אמרינן ברי עדיף · ולפענ"ד נראה דאין שום ראיה מבעל התרומות · דהא לכאורה קשה על בעל התרומות דלמה ליה טעם זה · דהא מבואר דאינו נאמן לומר חתמתי שמי בסוף המגלה אלא במיגו דפרעתי ולכך אם הכתיבת ידו הוא בתוך זמנו דליכא מיגו אינו נאמן בטענה זו וחייב לשלם · וא"כ בכהאי גוונא שטוען אינו יודע פשיטא דחייב לשלם כיון דלא שייך בזה מיגו לא חיישינן שחתם שמו בסוף המגלה · והנה השער המשפט כתב לתרץ זאת בדוחק עיי"ש · ולפענ"ד נראה לתרץ בתירוץ נכון לפי מה שכתב הש"ך בסימן קכ"ו בס"ק כ"ו דבכל דוכתי דאין הנתבע נאמן אלא משום מיגו אע"ג דאין לתובע טענת ברי צריך לשבע היסת כגון בטוענו מה אתה עושה בתוך שלי והלה אומר של אביך היתה ולקחתיה הימנו דאינו נאמן אלא במיגו דשלא היתה של אביך מעולם כמבואר בסימן קמ"ט סעיף כ' צריך לשבע היסת שלקחה מאביו אע"ג דאין לתובע טענת ברי · וכן כל כיוצא בזה · ולפ"ז ניחא מה שכתב בעל התרומות דהטעם הוא משום דחתימה ודאי והלואה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי דאי כוונתו כדברי השער המשפט לא שייך בזה לומר אין ספק מוציא מידי ודאי דהא אם שמא כתב וחתם שמו בסוף המגילה ומלא וכתב עליו שלא בחתימה זאת לא מעלה ולא מוריד דמעולם לא נתחייב כלום בחתימה הזה · ולפ"ז ליכא שום ודאי כלל דהספק הוא נופל בעיקר החתימה אם חתם לשם חיוב או לא · ומאי שייך בזה לומר אין ספק מוציא מידי ודאי · לכן נראה לי ברור שהכוונה של בעל התרומות דכיון דאינו נאמן לומר שכתבתי וחתמתי את שמי וכו' אלא במיגו דפרעתי לפ"ז אם טוען במה שכתבתי וחתמתי את שמי בסוף המגלה וכו' הוה כטוען אינו יודע אם פרעתיך או לא כיון דאינו נאמן אלא במיגו לא עדיפא הטענה במה שכתבתי · מאם אינו יודע אם פרעתיך דשניהם שוים כמו שכתב הש"ך הנ"ל · וזה כוונת של בעל התרומות דאין ספק מוציא מידי ודאי ·

ודאי פירש דהתימה הוה ודאית משום דהוה כטוען איני יודע אם פרעתיך · א"כ לפ"ז הרי הוא כמודה שהתימה היתה לשם חיוב והפירעון הוא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי ועיין בש"ך בסימן קמ"ט ס"ק כ"א · ואי תקשה לך על דברי הש"ך דהוא סותר דברי עצמו שכתב בסימן רצ"ו ס"ק ג' דאם הפקיד אצל אדם בשטר נאמן בשבועה כעין שבועה דאורייתא בנקיטת חפץ לומר החזרתי לך במיגו שהיה יכול לומר נגנב אם הוא שומר חנם או נאנס אם הוא שומר שכר ומתה מחמת מלאכה אם הוא שואל · וכשם שאם היה טוען כן היה צריך לשבע מן התורה בנקיטת חפץ כך כשטוען החזרתי צריך לשבע כעין של תורה וחולק על דברי הסמ"ע שכתב שם בס"ק ג' דצריך לשבע שבועה דאורייתא ממש · דהא לכאורה סותר דברי עצמו אמאי אין צריך לשבע שבועה דאורייתא ממש כיון הא דנאמן לומר החזרתי לך אם הפקיד לו בשטר אינו אלא במיגו · וכיון דאם היה טוען כפי שהיה יכול לטעון היה צריך לשבע שבועה דאורייתא א"כ הכא נמי בהטענה שנאמן מחמת מיגו הזה צריך ג"כ לשבע שבועה דאורייתא ממש ומפני מה כתב הש"ך דבהחזרתי לך אינו צריך לשבע שבועה דאורייתא ממש רק כעין של תורה · ונראה לפענ"ד לתרץ על פי מה שכתב השיטה מקובצת בב"ב (דף ל"ד ע"א) ד"ה לישתבע וכו' על מה שתרצו בתוספות שם לכך נראה כפירוש ריב"ן וכו' כתוב בתוספות הרא"ש ז"ל וז"ל · ולא דמי להסיא דלקמן דהמפקיד אצל חבירו בשטר דכל זמן שלא טען נאנס עדיין לא נתחייב שבועה הילכך יש להאמינו במיגו עכ"ל וז"ל הר"י בעליות וגבי מפקיד אצל חבירו בשטר לא שייך למימר מתוך שאינו יכול לשבע שנאנסו משלם שהרי אין חיוב שבועה אל על הנפקד עד שיטעון שאבד הפקדון ואז יחול עליו שם שבועה לשבע שנאבד באונס עכ"ל · ולפ"ז מתורץ דברי הש"ך כמובן · ולפענ"ד נראה דכן מוכח מדברי הש"ך שפירש דברי בעל התרומות כמו דכתבתי לעיל · דהש"ך כתב בסימן ע"ה ס"ק כ"ז דאם ספק פרעון קודם להלואה ג"כ חייב לשלם כמו אם אינו יודע אם פרעתיך · כיון דמ"מ החיוב ברי והפטור ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי ולא מצא ראיה לדבריו רק כתב שכן משמע בשיטת דברי הפוסקים · ואם נאמר שהש"ך ג"כ מפרש דברי הבעל התרומה כמו שהבין השער המשפט הרי יש ראיה ברורה דספק פרעון קודם להלואה חייב · מדברי הבעל התרומה · מביאו בש"ע סימן ס"ע כנ"ל ופסקו כן ונלמד זאת מכ"ש מדברי הבעל התרומה · ומה התם דיש ספק אם התם שמו בסוף המגלה ומלא וכתב עליה מאי דבעי ואפילו הכי אמרינן דהתימה הוה ודאית ואין ספק הלואה מוציא מידי ודאי התימה אף שאין זה ודאי כל כך כיון דאם שכח והתם שמו הוה להתימה כמאן דליתיה וכש"כ הכא בדינו של הש"ך דהחיוב הוא ברור וליכא שום ספק דשם היה המעשה שהיה לו פקדון בידו ואחר שנאבד בפשיעה הלוה לו ונתחייב לשלם לו ק' זהובים והנפקד אומר יודע אני שלא היה שוה רק נ' והלוה אומר איני יודע כמה היה שוה ואפשר היה שוה ק' ונמצאו שמעולם לא נתחייבתי לך כלום לפי שהק' שהלויתני יצאו בק' של דמי הפקדון · אלא ודאי דהש"ך מפרש דברי בעל התרומה כמו שכתבתי דסובר דטענה שמא שכחתי ותמתי וכו' הוה כטוען איני יודע אם פרעתי מחמת כי במה שכתבתי אינו נאמן אלא במיגו לכן הוה התימה ודאי נכתבת לשם חוב ופרעון ספק מה שאין כן בדינו של הש"ך כיון דנאבד בפשיעה · והלוה אומר שמא היה שוה ק' · נמצא לפ"ז מה שהלוה לו הנפקד אחר שנאבד בפשיעה ק' זהובים לא הוה חיובו כל כך ברור דשמא היה שוה ק' ונתחייב הנפקד לשלם ק' זהובים עבור הפקדון לכן אין אנו יכולים ללמוד מדברי הבעל התרומה שהביאו הש"ע בסימן ס"ע הנ"ל ומשום הכי כתב הש"ך דבשיטות הפוסקים משמע הכי · ולפי דברינו דאין שום ראיה מבעל התרומה לכן נוכל לומר דאם נתן לו חבירו חפץ בסתמא וא"כ טוען הנותן שמעולם לא נתתי לו לשם מתנה והמקבל טוען שמא נתן לי בתורת מתנה שאין מוציאין מיד המקבל דלא נוכל לומר בזה אין ספק מוציא מידי ודאי כמו שכתב השער המשפט · דליכא שום ודאי לפי טענת המקבל שמא נתן לו לשם מתנה דהא נפל הספק בעת שקיבלו ולא בא לידו מעולם בתורת חוב וגם לא נוכל לדמות לספק פרעון קודם הלואה המבואר בש"ך שהבאתי לעיל דספק דחייב · דשאני התם דכיון דודאי הלוה לו ק' זהובים וקיבלן הלוה בתורת הלואה לשלם לו הק' זהובים אך אח"כ טוען שמא היתה שוה הפקדון שהיה לי בידך ק' זהובים ונאבד בפשיעה ורוצה לנכות שיהיה לו לפרעון עבור הק' זהובים שלוה ע"כ כתב שם הש"ך שפיר דחייבו ודאי כיון דקיבלן לשם הלואה ופרעון ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי · מה שאין כן בכך דינא שנסתפק השער המשפט דשם ליכא שום חיוב ודאי כלל כמו שהבאתי · לכן נוכל לומר דאין מוציאין מיד המקבל :

ולכאורה יש ראיה לדברינו דאם נאמר דמוציאין מיד המקבל משום שהוא טוען שמא והנותן טוען ברי כדברי שער המשפט יהי' לכאורה קשה מאי פריך הש"ס בפ"ק דכתובות (דף י"ב) לרב נחמן דס"ל מנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור ממתניתין דהנושא את האשה ולא מצא לה בתולים דסבר רבן גמליאל דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי · וגובה כתובתה ומאי קושיא · הא התם החיוב ודאי דיש לה כתובה וספק אם היה מקח טעות ואין ספק מוציא מידי ודאי כמו גבי כתיבת ידו לפי מאי דמדמה השער המשפט במודה שקיבל מעות אלא שטוען איני יודע אם היתה הלואה דמוציאין מיד המקבל משום דאין ספק מוציא מידי ודאי · ולפי דברינו אתי שפיר קושיית הגמרא · והנה ראיתי לשער המשפט שמיישב הגמרא שלא יהיה קשה לפי דבריו דשאני התם דלא שייך לומר החיוב ודאי דהא לא כתב לה כתובה אלא על מנת שתמצא בתולה וכיון דלא מצא לה בתולים איתרע כתובתה כיון דלא נתקיים התנאי ולא שייך לומר אין ספק מוציא מידי ודאי דבור שהוא לפניך מה שאין כן גבי כתיבת ידו כיון שהחיוב לפנינו מהיכי תיתי נאמר שהתם שמו בסוף המגילה כיון דליכא ריעותא לפנינו והכא נמי כיון שמודה שנטל מעות מחבירו ואינו יודע באיזה אופן אתי לידו מהיכי תיתי נאמר שבמתנה אתי לידו כיון דמתנה לא שכיחא ואין ספק מוציא מידי ודאי קבלת המעות · ולפענ"ד נראה לי ברור דדבריו אינם צודקים רק לפי שיטת הרמב"ן שהוא כתב זאת הסברא שהרי לא כתב לה אלא על מנת לכונסה · וימצאנה בתולה וכיון שכן עליה להביא ראיה שנתקיים התנאי עכ"ל הרמב"ן שהביא הר"ן בסוגיא דפתח פתוח עיי"ש שהאריך והביא ראיה לדבריו · אבל לשיטת רב אלפס שם וסייעתו כתב שם הר"ן שהמה סוברים כיון דאית לה כתובה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה אם אתה אומר דנאמן לומר פ"פ מצאתי ועלה דידה רמי לבירורה אי אפשר לה להביא ראיה הרי היא קלה בעיניו להוציאה וא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן הלכך ודאי הא דהמנוהו רבנן משום דחזקה דאין אדם טורח וכו' · ואי הות כתובה דאורייתא לא המנינן אהך חזקה דלא ברירה דודאי לא על דעת כן נשתעבד שיפתה אותה בשיעבוד זה כדי שיעשה רצונו · ואח"כ יבא ויאמר פ"פ מצאתי · אלא כיון דכתובה דרבנן שמו רבנן על טענה כזו אבל הוא כתב לה בסתמא דלא כמו שכתב הרמב"ן דלא כתב לה אלא על מנת שתמצאנה בתולה · זה תורף דברי הר"ן עיי"ש שהאריך · לפ"ז אם נאמר כדברי השער המשפט שפירש בדברי הבעל התרומה כדבריו וגם אם מודה שקיבל מעות ואינו יודע אם במתנה נתן לו או לא מוציאין מידו משום דאין ספק מוציא מידי ודאי הדרא קושיא לדוכתיה · מאי פריך הגמרא לרב נחמן ממתניתין כדאמרנו הקושיא לעיל ולפי שיטת התוספות בב"מ (דף י"ז ע"ב) ד"ה מן האירוסין וכן כתבו בכמה דוכתי דארוסה יש לה כתובה אף אם לא כתב לה בתנאי ב"ד בודאי אי אפשר לומר כדברי שער המשפט · שלכאורה לא כ"ל סברת הרמב"ן שלא כתב לה אלא על מנת שתמצא בתולה כיון דיש לה מתנאי ב"ד וחכמים לא הלכו אחר דעתו של הבעל דהא איכא מאן דאמר דסובר דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה מתנאי

ב"ד · הרי מוכח דלא הלכו חכמים אחר דעתו דהא הוא כנסה על מנת שימלאנה בתולה · אך נלפענ"ד דליכא שום ראיה לדברינו ממאי דפריך הגמרא לרב נחמן מהמתניתין דהא הקשו אחרונים ואחד מהם הבית שמואל (בסימן ס"ח ס"ק כ"ב) מאי מדמה הגמרא דין זה לדין מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דקיי"ל דאוקמ' ממונא בחזקת מריה קמא דהא שם איירי במלוה בעל פה וכאן יש בידה שטר הכתובה ואם איירי במקום שאין כותבין כתובה א"כ הוי תנאי ב"ד · ותירצו על זה בתירוצים שונים · הבית שמואל שם תירץ דמיד שאומר לא מצאתי בתולים הוא נאמן מטעם חזקה הנ"ל · ואתרע שטר כתובה שלה ונעשה הלואה בעל פה · ולפ"ז החיוב שהיה מקודם מחמת השטר כתובה שלה כבר אזלא וכבר בטלה ונעשית כעת בשעה שאומר הפ"פ החיוב דכתובה כמו הלואת בעל פה ובעת שנעשה החוב נולד הספק האיך האמת אם היתה בתולה או לא · דלא נוכל לומר דמה שכתב הב"ש דנעשה מלוה על פה כוונתו דבעת שכנסה היה לה החיוב בשטר וגם לא גרע ממלוה על פה כיון דהכתובה היתה בשטר בודאי נכלל בתוך החיוב דשטר שהוא ג"כ חיוב על פה דבכלל מאתים יש מנה וכיון דבטל החיוב דשטר מחמת החזקה עכ"פ נשאר החיוב בע"פ שהיה מקודם · זאת לא נוכל לומר כן כיון דהחזקה מבטלת את החיוב דשטר בודאי מבטלת החיוב דעל פה שהיתה לה מקודם דהחיוב דשטר עדיפא מחיוב על פה אלא ודאי מה שכתב הבית שמואל דנעשה החיוב על פה כוונתו שנעשית כעת משבטלה החזקה החיוב דשטר בע"פ שהיתה לה מקודם · נמצא לפ"ז דדומה ממש לאינו יודע אם נתחייבתי לך ואין ביניהם שום הפרש דק אפילו כחוט השערה · לכן פריך הגמרא שפיר לרב נחמן ממתניתין וגם לתירוץ של בית מאיר עיי"ש ג"כ יכולים לומר כן עיין בדברינו בפרחים הקודמים ששם הארכנו קצת בזה · ולפי שיטת הרמב"ן בודאי ניחא כמו שכתב הר"ן בשם הרמב"ן שהבאתי לעיל דאטו מאן דמפיק שטריה לא אמר ליה קיים שטרך ותגבה וחותא לדינא עכ"ל הר"ן בשם הרמב"ן וכיון שבלאו הכי צריכין לתרץ הסוגיא דגמרא דכתובות לפ"ז ליכא ראיה לדברינו כמובן :

אך נלפענ"ד שדבר זה מחלוקת רבותא גדולי אחרונים אם לדמות דין זה דאין ספק מוציא מידי ודאי או לא הלא המה הרב הגדול ר' חסדאי הכהן בפרח מטה אהרן שכתב דלפי מה שכתב הרשב"א בתשובה ת"ת קע"ב דהשוכר לעולם מוחזק יותר מן המשכיר היכא דאין מחלוקת בענין השכירות ויש ספק בעיקר התנאי אם יש שם תנאי או לא · אמרינן דמאחר שהשוכר מוחזק בודאי בקרקע ויש בה ספק אם יש כח למשכיר מחמת תנאי להוציא אין מוציאין אותו מידו מספק דלא אתי ספק ומוציא מידי ודאי וזהו עיקר טעמו של הרשב"א בתשובה הנזכרת · וכך כתב ג"כ הריטב"א ז"ל בתשובה כדברי הרשב"א וכתב הרב ב"י בטור ח"מ סימן מ"ו מחודש ל"ו וכיון דהוי טעמא דמילתא משום דאין ספק מוציא מידי ודאי · פשיטא דאין לחלק בין מכירה לשכירות בענין זה עכ"ל הובא דבריו הקדושים בפרח מטה אהרן שאלה א' · ולפ"ז גם בנידון דידן כיון דודאי קיבל המעות בידו לא אתי הספק דשמא במתנה נתן לו ומוציא מידי ודאי דלא נוכל לומר דלא מקרי ודאי כיון דיש ספק שמא במתנה נתן לו לא בודאי בא ממון חבירו לידו · דא"כ גם בנידון השוכר אמאי כתב דהשוכר מקרי ודאי משום דאין מחלוקת בענין השכירות והוא ודאי הא לפי דברי המשכיר יש תנאי בזה · וכיון דלא נתקיים התנאי בטלה השכירות ואמאי נקרא ודאי · וכן סובר מהרשד"ם סימן ש' · אך נראה לפענ"ד דאין ראיה מדבריהם דנוכל לומר דמפני זה קראו השוכר ודאי משום דאמרינן בכתובות (דף י"ט ע"ב) או דילמא תנאי מילתא אחריתי היא עכ"ל הגמרא משום הכי קראו ודאי דהשכירות והתנאי ענינים נפרדים המה מה שא"כ במודה שקיבל מעות שאם נאמר שלשם מתנה נתן לא מיקרי ודאי דהכל ענין אחד הוא כמובן ודו"ק · ועיין בנתיבות המשפט (בסי' ס"ו ס"ק כ"ג) מעין סברא זו

רק על ענין אחר · ולפי מה שחולק עליו בעל פרח מטה אהרן דלא דמי למה שכתב הרשב"א והריטב"א דהתם המכירה היא מוחלטת לפי אותה שעה לדברי כולם אלא שלפי העדים המעידים תנאי היה לבעל המכירה כשיחזור לו המעות היינו מתם והלאה נמצא עד אותה שעה הלוקח הוא מוחזק · ולפיכך ס"ל הלוקח מוחזק בודאי בכרם ואתה בא להוציאו מספק אין ספק מוציא מידי ודאי · אבל בנידון דידן דלמ"ד על תנאי זה לא השכיר המשכיר אל השוכר או על תנאי למות או כיוצא בנ"ד שהוא אונס גדול נמצא הספק הוא אצלנו בעיקר השכירות אם שכר על דרך זה או לא ובזה לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי דליכא למימר לדעת כולם בדין ירד כו' וא"כ ודאי מוקמינן ארעא בחזקת מריה קמא כיון שיש ספק אם שכר או לא שכר על דרך אונס כזה עכ"ל · ולפי דבריו בנידון דידן במודה שקיבל מעות לא נוכל לומר דאין ספק שמא במתנה נתן לו מוציא מידי ודאי שקיבל מעות דהספק הוא אצלנו בעיקר המעות אם נתן במתנה או לא :

עוד כתב הסער המשפט והביא ראיה לדבריו דמודה שקיבל מעות אלא שטוען איני יודע אם היתה הלואה או מתנה דמוציאין מידו מהא דאמרינן בריש פרק אילו מציאות מבואר בש"ע ובטור (בסי' רס"ב סעיף ג') דאם מצא דבר שאין בו סימן ואינו יודע אם נתייאשו הבעלים בשעת נפילה חייב להחזיר דהוי יאוש שלא מדעת אם לא בדברים החשובים שאדם עשוי למשמש בהן כל שעה דמסתמא ידע בהן · ואמאי לא אמרינן כיון דהמוצא מוחזק במציאה ניהוש דילמא ידע בעל האבידה תיכף לאחר הנפילה ונתייאש מהן והוה ליה אינו יודע אם נתחייבתי לך ופטור · אלא ודאי כיון שידוע שהחפץ של בעל האבידה ואינו יודע אם נתייאש לא אמרינן גבי המוצא אוקי ממונא בחזקת מרי' וברי עדיף בכהאי גוונא · וכעין מה שכתבו התוספות והגהות אשרי בסוף פ"ק דכתובות · וא"כ ה"נ כיון שידוע שבא ממון לידו מאיש אחר ואינו יודע אם במתנה אתו לידו לא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה וברי עדיף בכהאי גוונא דמה לי אם בא ממון לידו בידיעת חבירו במתנה ומה לי במציאה אם נתייאשו הבעלים דהא מציאה נקנה ביאוש כמו מתנה מדעת בעלים · ולפענ"ד נראה דאין ראיה מכאן משני טעמים · חדא דהא פסקו בח"מ סי' ע"ה סעיף ט' דאם טוען מנה לי בידך שהלויתיך והלוה אומר איני יודע אם הלויתני דאם בא לצאת ידי שמים מחויב לשלם ונבוע זאת ממימרא דרבי אבהו אמר רבי יוחנן בב"ק (דף קי"ח ע"א) (ועיין בקצות החושן סימן ל"ב ס"ק א') · ולפ"ז בודאי לא נתייאשו הבעלים דמימר אמרי דודאי יחזירו לו המוצא האבידה שלי דאנכי אתבע בטענת ברי שלא נתייאשתי מהאבידתי והמוצא אבידה לא יכול לטעון טענת ברי שנתייאשתי ויהיה מחויב להחזיר לצאת ידי שמים לכן אינו מתייאש · ואפילו אם תאמר כיון דבדיני בני אדם אינו מחויב להחזיר האבידה בודאי משום לצאת ידי שמים לחוד לא יחזור · מ"מ נראה דסברא נותנת דבודאי לא נתייאש דמה יפסיד אם לא נתייאש וכי יגרום היזק לעצמו דאם נתייאש אפילו מדיני שמים לא יהיה מחויב להחזיר לכן בודאי לא נתייאש אולי ימצא איש שירצה לצאת ידי שמים ויחזיר לו : וכ"ת דהא דמחויב לצאת ידי שמים בטענת ברי טובה ושמא גרוע במידי דהוה ליה למידע אבל הכא דלא ה"ל למידע אם נתייאש לכן אין הברי טובה והשמא גרוע ואפילו לצאת ידי שמים ליכא בכך מילתא זה לא נוכל לומר כן · דלא מצינו בשום דוכתא החילוק בין ברי טובה לשמא גרוע ובין שמא טובה לברי גרוע בדין דלצאת ידי שמים וגם יש הרבה פוסקים שסוברים דאף בדיני אדם לא יש שום חילוק בזה · שנית דבודאי רגילות האובד האבידה מחזיר על אבידתו ושואל לבני אדם אולי יודעים מי מצא אותה וכיון דמחזיר על אבידתו בודאי לא נתייאש לכן הברי טובה והשמא גרוע ומחויב בודאי להחזיר לצאת ידי שמים לכל הדעות · וכיוצא בזה יש סברא כעין זו בתוספות בכמה דוכתי ואחד מהם אליין בב"ק (דף כ"ו ע"א) בתוספות

בתוספות ד"ה דאפילו כו' יש לומר דרגילות הוא שכל אחד מכיר וכו' עכ"ל · ולפ"ז ליכא שום ראיה מכאן דאם מודה שקיבל מעות ואינו יודע אם במתנה נתנם לו או לא דמוציאין מיד המקבל · ועוד נראה לי דאין ראיה מכאן לפי מה שכתב השיטה מקובצת ב"ק (דף ס"ו) ד"ה מוצא אבידה פירשו ז"ל מדכתיב אשר תאבד ממנו שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם וכו' · ולי נראה דהתם אין הטעם משום יאוש דאפילו עומד וצווח שאינו מתייאש מותרת דגזירת הכתוב היא דנעשה כצווח על ביתו שנפל אלא אומר ר"י דנפקא לן וכו' כמו שכתוב בתוספות הרא"ש ז"ל עכ"ל · וכן פסקו בח"מ סי' רמ"ט סעיף ז' · ולפ"ז נוכל לומר דהא דאינו מחזיר אבידה אם נתייאשו הבעלים · הוא מצד גזירת הכתוב ג"כ · דמצד הסברא יאוש אינה קונה דיאוש אינה כהפקר כדכתבו הראשונים ואחד מהם בתוספות ד"ה כיון וכו' · א"כ מצד הסברא אינו קונה אלא מצד גזירת הכתוב · עיין בשיטה מקובצת שם בב"מ (דף כ"ב ע"ב) ד"ה ה"ש דאמר רבי יוחנן משום ר' שמעון בן יהוצדק וכו' דלכאורה משמע מדבריו כן · וכיון דיאוש אינה קונה רק מצד גזירת הכתוב ע"כ מצד הסברא נראה דדוקא אם יודעים שבודאי נתייאשו הבעלים אז אינו מחויב להחזיר המוצא האבידה אבל אם לא יודעים בודאי אם נתייאשו הבעלים מחויב להחזיר דאין לך ביה אלא חידושו · אך דברי השיטה מקובצת בב"ק אינם מובנים לי אף שכתוב כן ברא"ש בפרק אלו מציאות סימן ג' וסימן ו' דבזוטי של ים אפילו עומד וצווח נעשה כצווח על ביתו שנפל וכו' עכ"ל · מ"מ אינו מבואר דאין הטעם משום יאוש · אך לפי מה שמבואר בהדיא בשיטה מקובצת דאין הטעם משום יאוש אינו מובן לי · הא בירושלמי פרק הגוזל בתרא הלכה ה' על הא דאיתא במתניתין שטף נהר חמורו וחמור חבירו כו' גמרא תני כו' אלא הניח שלו להציל של חבירו ועלה שלו מאליו מהו דיימר לו נתייאשתי ופירש המפרש אלא הא קמבעיא לן אם שלו הוא שעלה מאליו מהו ולענין דנותן לו כפי שהתנה נמי לא מבעיא לן דצריך ליתן לו דמן שמיא הוא דרחימו עליה אלא מהו דיימר לא נתייאשתי ממנו ואם אדם אחד ירצה לזכות בו לא זכה או דילמא כזוכה מן ההפקר הוא דמסתמא כבר אייאש ואין משגיחין עליו שעומד וצווח לא נתייאשתי ע"כ) נישמעינה מהדא שטף נהר חמורו והיה צווח ואומר לא נתייאשתי ריש לקיש אמר כל זמן שצווח לא נתייאש רבי יוחנן אמר חזקה מייאש הוא (פירש המפרש נשמעינה מן הדא דפלוגתא דר"י ור"ל היא חזקה מייאש הוא בתחלה ואין משגיחין עליו שחוזר בו) עכ"ל ירושלמי ופירושו · הרי מוכח מהירושלמי דהא דאמר רבי שמעון בן יהוצדק בב"מ (דף כ"ב ע"ב) מנין לאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת דכתיב כו' היינו מטעם יאוש הוא דאשמעינן קרא · דודאי נתייאש הוא ואפילו עומד וצווח הוא חוזר בו ממה שנתייאש מתחלה ואין משגיחין עליו לר' יוחנן ולר"ל משמעינו הכתוב דמסתמא מתייאש הוא כל זמן שלא צווח לא נתייאשתי :

עוד כתב הספר המשפט והוכיח מהא דפסקו הפוסקים כלא המה הרשב"א והר"ן בסוף פרק שני דייני גזירות והרב המגיד בפרק י"ב מהלכות אישות והרב רמ"א בסוף סימן רמ"ו ובאבן העזר סימן ע' ס"ח בהג"ה דהזן ומפרנס את חבירו בסתם צריך לשלם לו דמסתמא לא על דרך מתנה נתן לו · ולכאורה יש לתמוה כיון דחזינן דהנותן מעות לחבירו בפני עדים בסתם נאמן לומר שבמתנה נתנם לו אף היכא דליכא מיגו להמקבל כמו שהוכחתי לעיל בסעיף קטן ד' משיטת ר"י הלוי והרמב"ם א"כ אף אם המקבל אינו יודע אם הוא במתנה או לא ליהוי כאינו יודע אם נתחייבתי לך דפטור · ולפי מה שכתבתי ניחא · דבכהאי גוונא שבא ממון חבירו לידו ואינו יודע באיזה אופן בזה אמרינן לכו"ע ברי ושמא ברי עדיף · ולפענ"ד אין נראה לי דבריו גם בזה · דהא איתא בנדרים (דף פ"ח) במתניתין המדיר הנאה מחתנו והוא רוצה לתת לבתו מעות אומר לה הרי המעות הללו נתונין לך במתנה ובלבד שלא יהיה לבעליך רשות בהן אלא מה שאת נושאת ונותנת בפיך · ופירש הר"ן שם בד"ה המודר וכו' וכ"ת א"כ כי אמר לה נמי אלא מה שאת נושאת בפיך אמאי מהני היינו טעמא משום דכיון שאין אשה זוכה בנכסים כלל עד שתתן אותם לתוך פיה הרי באותה שעה אין הבעל יכול לזכות בהן וכו' · ואיכא מאן דאמר דהוא הדין בשייחדן לה לאיזה דבר שיהיו דלא קנה יתהן בעל כיון שאף לה לא הקנה לגמרי אלא לאותו דבר בלבד ועיי"ש בתוספות · ולפי מאי דפסקינן בש"ע באבן העזר סימן פ"ה סעיף י"א שבכל הפוסקים מבואר שמודים שאם נתן לה לאיזה דבר פרטי לא קנה הבעל המתנה עיי"ש בח"מ וב"ש · לפ"ז ליכא הוכחה מהפוסקים הנ"ל כדברי בעל המשפט דהא לא נתן לו מעות בסתמא שנוכל לומר כיון דנתן לו בסתמא שיעשה המקבל כל מה שירצה אלא נתן לו מזונות בין שנתן לו המעות ליקח מהן מזונות וביותר אם נתן לו מזונות ממש אינו מוכח מילתא שנתן לו שיהיה שלו במתנה גמורה כיון דנתן רק על דבר פרטי א"כ לפי הנתינה אדרבה מוכח שאינו רשאי להוציאם על דבר אחר כדאיתא בב"מ (דף ע"ח ע"ב) דתניא מגבת פורים לפורים מגבת העיר לאותה העיר כו' דילמא התם נמי דאדעתא דפורים הוא דיהיב ליה אדעתא דמידי אחרינא לא יהב ליה אלא הא ר"מ דתניא ר' שמעון בן אלעזר אומר משום ר"מ הנותן דינר לעני ליקח לו חלוק לא יקח בו טלית טלית לא יקח בו חלוק מפני שמעביר על דעתו של בעל הבית וכו' עכ"ל הגמרא אף שיש פוסקים שפסקו דלא כר"מ בהך מילתא היינו דוקא התם משום דרבנן סברי דלא מיקרי מעביר על דעתו של בעל הבית בזה האופן · אבל הכא אם יעביר על דעתו של בעל הבית ויעשה בהמעות שנתן לו ליזון ויוציאם על דבר אחר בודאי מיקרי מעביר על דעתו של בעל הבית ונעשה גזלן אף לרבנן כדמוכח מגדרים הנ"ל עיין בסוגיא דב"מ (דף ע"ח) הנ"ל · וגם עיין בשיטה מקובצת שם (דף ל"ו ע"א) ד"ה שמתה כדרכה · ואפילו לרבנן דאמרי המעביר על דעתו של בעל הבית לא מיקרי גזלן · ה"מ במתנה ברשותו וכו' עכ"ל · וכיוצא בזה כתב הרבה פעמים בסוגיא זו · וכיון שאינו רשאי להוציאו על דבר אחר א"כ לפ"ז מה שזן את חבירו הוא רק לשם הלואה כיון דעדיין לא יצא מרשות הנותן לגמרי · אף אם תאמר דנתן לו המזונות לשם מתנה · מוקמינן מה שנתן לו ליזון בחזקת מרא קמא · דאף דבכל מקום חזקת המוחזק עדיף מחזקת מרא קמא כידוע · מ"מ הכא לא מוקמינן ביד המוחזק דהא חזקת המוחזק הכא קלישתא הוא · דהא בודאי שאינו ברשותו לגמרי דהא אין רשאי להוציאן על דבר אחר · וכיון שכן עדיפא חזקת מרא קמא מחזקת המוחזק דהכא דהך חזקת מרא קמא אין בה שום גריעותא · ועי"ז מביא רשב"א ראיה בנדרים (דף ל"ג ע"ב) ד"ה עמד וכו' מיתומים שסמכו אצל בעל הבית דיתומים קטנים אינם יכולים להתנות · ואתי שפיר למש"כ בסברת הרשב"א · כיון דלא נתן לו רק על דברי פרטי בודאי לשם הלואה נתן · כן ה"נ ביתומים שסמכו · והראיה השנית שמביא הרשב"א מן היורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות שחייב בעל השדה לשלם ולא אמרינן שכיון שירד לתוכו סתם לא נתכוין זה אלא למתנה · ג"כ אתי שפיר ראיית הרשב"א דהתם ג"כ לא נתן רק על דבר פרטי רק ליטע את השדה · וגם הראיה השלישית שמביא הרשב"א מתגרסינן בירושלמי במסכת ב"מ גבי המלוה את חבירו לא ידור בחצירו חד בר נש אשאיל לחבריה דיגרין אבריתיה גו ביתיה אמר ליה הב לי אגר ביתי וכו' · אלמא כל המשהה את חבירו בתוך ביתו סתם לא לתורת מתנה ולהשאילו בחנם מתכוין אלא בשכר וכו' עיין בדברי הרשב"א שהאריך בו · ג"כ אתי שפיר ראיית הרשב"א שהתם ג"כ המתנה היתה על איזה דבר פרטי לדור בביתו :

ולדברינו אלו יתיישב מה שיש להקשות על דברי הרשב"א והר"ן דסתרי אהדדי דבסוף שני דייני גזירות ובנדרים שם כתבו דהזן את חבירו לאו לשם מתנה נתכוין ובפ"ק דקדושין כתבו להיפך דזה לשון הרשב"א (דף ו') ד"ה רבי יהודה וכו' הואיל מקנאתו לגמרי דהא אי בעי למיהדר ביה לא מצי הדר דמימר אמרה ליה את בשמחה יהבית ולא למתנה

למתנה איכוונא וכיון שכן אינה מקודשת עד שיטלנה ממנה ויחזור ויתננה לה וכו' עכ"ל · וגם הר"ן כתב על הסוגיא דהן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב כו' · וכל שכן הכא דאי מעיקרא יהיב לה סתמא ומדינא הרי הן שלה במתנה כדמוכח בפרק שבועת העדות דאמרי התם אי דאמר אין שקלי ודידי שקלי כי עדים רואין אותו מבחוץ מאי הוה דליכא ספיקא דאמירה דידה ושתיקה דידיה לאחר מתן מעות לאו כלום הוא וכו' עכ"ל · הרי כתבו בהדיא דהנותן בסתמא לשם מתנה איכוין היפך מדבריהם שכתבו בכתובות ובנדרים דהזן את חבירו בסתמא לאו לשם מתנה איכוין · ולפי דברינו אתי שפיר דהתם בנדרים ובכתובות נתן רק על איזה דבר פרטי כגון ליזון דלאו לשם מתנה איכוין כדהבאתי ראיה לזה מנדרים ומכ"מ · מה שאין כן כשנתן מעות בסתמא דיכול לעשות בהם כל מה שירצה לכן סוברים הרשב"א והר"ן דאם נתן בסתמא לשם מתנה נתכוין · וראיתי לשער המשפט בסימן ע"ט ס"ק ב' שתירץ הקושיא הזאת באופן אחר דודאי אף הרשב"א והר"ן והרב המגיד מודים דבנותן לחבירו מעות בסתם משתמא לאו מתנה ניהו · ומ"מ כתב הר"ן שפיר דכל שכן אי נתן בשתיקה וא"כ אמרה היא · דאינה מקודשת ודאי כיון דמסתמא הרי הן שלה במתנה והוא משום כיון דמוכח בפרק שבועת העדות דמסימנא לומר דבמתנה יהביניה נהליה א"כ כיון שנותן לה בפני עדים בסתמא והיא מוחזקת בהן מוקמינן הממון בחזקתה · דהזקה דכל מה שביד האדם הוא שלו ואמרינן דמסתמא לשם מתנה יהיב לה · וא"כ אף שאחר הקדושין אמרה האשה שלא נתן לה לשם מתנה ורצתה להתקדש במעות זו · לא מהני דהוה כמקדש בלא עדים כיון דבשעת קדושין ונתינת המעות לידה הן בחזקת האשה די"ל לשם מתנה יהיב לה אחר הנתינה אף שהודית שלא קיבלה לשם מתנה לא מהני והוי כמקדש בלא עדים · אף שדבריו המה דברי הרשב"א בחידושיו לקדושין (דף ס' ע"ב) ד"ה הא נתן הוא ואמרה היא וכו' עיי"ש · אך שם הדברים נכונים המה וראוים המה למי שאמרם · אדונינו הרשב"א ז"ל · אך הכא מה שכתב השער המשפט ליישב דברי הרשב"א והר"ן שלא יהיו כתרי אהדדי אינם עולים יפה · דהא הר"ן כתב בפירוש דאי מעיקרא יהיב לה סתמא ומדינא הרי הן שלה במתנה כדמוכח פרק שבועת העדות וכו' · הרי נראה בעליל שכוונת הר"ן דאין ספק דלשם מתנה נתכוין ומדינא הרי הן שלה כיון דנתן בסתמא · ובפרט בדברי הרשב"א בד"ה ר"י שם הוא מבואר יותר ואי אפשר לומר באופן אחר דמסתמא לשם מתנה נתכוין מדכתב הואיל וקנאתו לגמרי דהא אי בעי למיהדר ביה לא מצי הדר דמימר אמרה ליה את בסתמא יהבית · הרי נראה לכל המעיין בצדק שאין אפשר לשפוט דברי הרשב"א באופן אחר דבסתמא לשם מתנה נתכוין ואי בעי למיהדר לא מצי למיהדר כדכתב הרשב"א · שנית לפי מה שהדעת של השער המשפט נוטה בסימן ע"ה ס"ק ו' דאם מודה שקיבל מעות ואינו יודע המקבל אם נתן לשם מתנה או לשם הלואה כגון שנתן לו בסתמא דעתו נוטה שמוציאין מידו · לפ"ז מה הוכיח הר"ן משבועת העדות דאם נתן בסתמא לשם מתנה נתכוין דהא התם טוען אין שקלי ודידי שקלי בטענת ברי שנתן לו חבירו לשם מתנה ומשום הכי נאמן · מה שאין כן בדינו של הר"ן היכא דנתן הוא ואמרה היא דאינה יכולה לטעון שבמתנה נתן לי דהא נתן לה בסתמא ובפרט דאיכא עדים דראו שנתן בסתמא היך יכולה לטעון שמא במתנה נתן לי לפי דעת השער המשפט מוציאין כדכתב השער המשפט בסימן ע"ה בזה אמרינן ברי ושמא ברי עדיף · אך נראה לי ליישב באופן אחר שלא סתרי דברי הר"ן אהדדי דגם לפי דברי שהבאתי ליישב דברי הרשב"א והר"ן ג"כ יהיה קשה הקושיא השניה דאין ראיה משבועת העדות כנ"ל · לכן נראה לי לפי מה שכתב הרמ"א בסוף סימן רמ"ו שמאכיל לחתנו עם ביתו יותר מזמן שקצב לו · מזונות צריך החתן לשלם לו מזונותיו כשיתבע ממנו אבל לא מזונות אשתו · ודוקא דליכא הוכחה דנתן לו לשם מתנה אבל היכא דמוכח דנתן לו לשם מתנה כו' פטור וכו' · ולפ"ז נראה לי בנתן הוא ואמרה היא שמיירי

הרשב"א והר"ן גם שם איכא אומדנא דמוכח דלאו אדעתיה למיהדר ולמישקל מינה נתן דבאמת נתן לשם קדושין ובהא דעתיה שישאר תחת ידה מה שנתן לה כדין קדושין וכיון דלא אמר בפירוש שנותן לשם קדושין רק בסתמא נתן לה ומהנתינה מוכחת בדעתו שישאר תחת ידה לכן כתבו הרשב"א והר"ן דבאופן זה אם נתן בסתמא לשם מתנה נתכוין · ונלמד זאת מכל שכן מפרק שבועת העדות דהא התם מיירי דעדים רואים אותם מבחוץ כדאיתא בגמרא שם · ואינם יודעים אם נתן אף בסתמא · ואפילו הכי נאמן לומר שמתנה נתנו לו אף שזאת ראו העדים שנתן מעות דליכא מיגו להד"ם אפילו הכי נאמן · מכל שכן הכא שעדים אומרים שנתן בסתמא ויש לפי ראות עיניהם אומדנא דמוכח שלשם מתנה נתכוין דהא ראיה שהנתינה היתה באופן זה שלא יטול ממנו לעולם כדכתבתי בודאי יכולה לומר שבמתנה נתת לי ואי בעי ליהדר וליטול ממנה אינו יכול כדכתב הרשב"א ואף שהתם בשבועת טוען ברי שמתנה נתן לי והכא טוענת שמא אפילו הכי מדמה הר"ן שפיר הדדי כיון דאיכא אומדנא דמוכח שלא נתן לה אדעתא דליהדר ולמשקל מינה עדיפה טענת שמא שלה מטענת ברי שטוען הנתבע בשבועת העדות דאומדנא דמוכח מגרע הטענת הברי של התובע · ולפענ"ד נראה לי דגם מטעם אחר בנתן הוא ואמרה היא דליכא שום חשש קדושין כדכתבו הרשב"א והר"ן דאף אם נאמר במודה שקיבל מעות ואינו יודע אם במתנה נתן לו חבירו או לא דמוציאין מידו כדברי שער המשפט · מ"מ צריך הנותן לישבע מקודם דשלא לשם מתנה נתן כמבואר בסימן ל"א ברמ"א בסעיף ג' מי שהוציא הוצאות על נכסי חבירו ברשות חבירו ותובע ההוצאות והנתבע אינו יודע נשבע התובע ונוטל · והוא הדין דכל מידי דהאי ידע והאי לא ידע נשבע האי דידע והכא נמי שהמקבל אינו יודע אם נתן לשם מתנה או לא והנותן לפי דבריו יודע שלא לשם מתנה נתן · לכן צריך לישבע קודם שיטול · דהא הכא ברשות בא המעות לידו דהא הבעל המעות נתן לו לכן דמיא ממש להך דמוציא הוצאות על נכסי אשתו דאיתא בכתובות (דף פ' ע"א) שמהגמרא הזאת נובע הדין שמבואר ברמ"א לפי דברי ר"ח גאון שהביא הר"ן שם שמבואר שם דבעינן שהוציא ברשות כמו המוציא על נכסי אשתו וכו' · וכיון דאף לפי דברי השער המשפט דס"ל דמוציאין מיד המקבל מ"מ צריך לישבע הנותן קודם שיטול · לפ"ז ליכא שום חשש קדושין בנתן הוא ואמרה היא משני טעמים · הדא דנוכל לומר דלא מיקרי ממון מה שיקדשנה א"כ במעות שנתן לה מקודם כיון שאין יכול להוציא ממנה המעות רק על ידי שבועה כדאיתא בשבועות (דף ל"ב ע"א) מתניתין דלא כי האי תנא דתניא משביע עד אחד פטור ור' אלעזר ברבי שמעון מחייב לימא בהא קא מיפלגי וכו' אלא דכו"ע עד אחד כי אתי לשבועה קא אתי והכא בהא קא מיפלגי מר סבר דבר הגורם לממון כממון דמי ומר סבר לאו כממון דמי ופסק הרמב"ם פרק י' מהלכות שבועות הלכה ז' דדבר הגורם לממון לאו כממון הוא · וה"נ כיון שאין יכול להוציא הממון כי אם בשבועה רק דבר הגורם לממון הוא דאולי לא ירצה לישבע כדפירש רש"י בשבועות שם בד"ה הכל מודים וכו' ועד אחד גורם לממון הוא שאילו הוא העיד היה מחייבו שבועה ורוב בני אדם אין נשבעין לשקר והיה משלם עכ"ל · שנית כיון דאין יכול להוציא ממנה אלא בשבועה אף אם נימא דיהיו חלין הקדושין במה שקידשה בממון כזה שצריך לשבע מקודם אבל היכא שלא נשבע מקודם שקידשה כיון דבלאו שבועה אין יכול להוציא מתחת ידה נמצא דהקדושין נגמרים ע"פ שבועתו ולא ע"פ עדים והתורה אמרה דאין קדושין חלין רק ע"פ עדים וכ"ת הא כתב השיטה מקובצת בב"מ (דף ס"ג) ד"ה ואם לאו מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה מיהו אי אתא מלוה וקתבע מחייב לאהדרינהו ניהליה · וכן נראה דליכא עליה דמלוה שבועתא כלל כיון דקא מודה לוה דטופינא אשכח · הרמ"ך · עכ"ל · א"כ לפי דבריו אין צריך לשבע בנתן הוא ואמרה היא אם יהיה ברצונו להוציא מתחת ידה אך עיין בדברינו דאכתוב לקמן אי"ה על דברי בעל התרומות שגם שם מבואר שיכול להוציא מתחת ידו דהכא טופינא

במדבריו

שמדבריו אין ראיה שאם נתן כתם יכול להוציא מתחת ידו ׃ ולפ"ז אין ראיה משיטה מקובלת דאין צריך לישבע ׃ ואדרבה הסברא נוטה יותר לומר שצריך לישבע הנותן כדכתב ר"ח גאון מכח דכתובות משום היתה שמבעל צריך לישבע כמה הוציא על הנכסי אשתו :

ועוד כתב בשער המשפט בסימן ע"ט דלא מהני שהאשה הודה שלא קבלה לשם מתנה ׃ ואח"כ יקדשנה מחדש ׃ משום דכיון שנתן לה בסתמא מוקמינן הממון בחזקת המוחזק בכן שודאי לשם מתנה או פרעון חוב נתן לה דחזקה כל מה שיש ביד האדם הוא שלו ואף שהוא מודה עכשיו לאחר הנתינה שלא היה פרעון או מתנה והמעות הן של הקדש ׃ ולענין דין ממון הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ׃ מ"מ לא מהימנינן לה לענין קדושין דמהייבא לאחרינא בדיבורה כדאמרינן (בקדושין דף ס"ה ע"ב) דמקדש בע"א אע"פ ששניהם מודים אינה מקודשת ולא ילפינן מממון דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי דבקדושין מתייבא לאחרינא ע"ש ׃ וא"כ ה"נ לא מהני הודאתה שממון שלו הוא אלא יטול הבעל מידה הממון ויתן לה בתורת קדושין ׃ ולפענ"ד דבריו אינם דומין לכך דקדושין כלל דבאני כתם דתחלת הקדושין וגמר הקדושין הכל המה ע"פ הודאתו ׃ לכן לא מהני דילפינן דבר דבר מממון דאינם הלין הקדושין רק על פי שני עדים ׃ אבל הכא כיון שהודה האשה קודם שקידשה שהמעות אשר תחת ידה המה של האיש הרוצה לקדש אותה ובממון הודאת בעל דין כמאה עדים דמי הרי עדים שמקדשה אח"כ בפניהם באותן המעות הוי כמו שנתן המקדש המעות הקדושין בפניהם כיון דכבר אתחזק דהממון שתחת יד האשה המתקדשת המה של האיש הרוצה לקדש אותה ׃ ואף על פי שמצד הסברא נכונים דברי ׃ מ"מ אביא ג"כ ראיה לזה מירושלמי פרק שני דסוטה הלכה ב' דתני ר"ע אומר וכו' ר' עקיבא אומר כשם שעד אחד נאמן לטמאותה כן עד אחד נאמן להפסידה מכתובתה אמר לו ר' טרפון אכן מצינו עד אחד בממון כלום וכו' ממה דר' יוסי אמר פלוני אכל חלב והתריתי בו אינו לוקה אמר לו אחד חלב הוא והתרו בו שנים לוקה ועיקר עדותו לא בע"א הוא ופירש המפרש ד"ה ממה וכו' ופשיט לה הש"ס מהאי דאמר רבי יוסי באיסורא וה"נ בממונא כדלקמן ׃ והתריתי בו אינו לוקה בעדות אחד אבל אם אמר לו אחד מתחלה שהוא חלב ונאמן הוא ׃ דקיי"ל עד אחד נאמן באיסורין כדאמרינן בבלי פרק המדיר (דף ע"ב) מדכתיב וספרה לה לעצמה ׃ והתרו בו שנים שלא לאכול זה החלב ואכל לוקה ועיקר עדותו לא בעד אחד הוא כתמיה דהרי אין אנו יודעין שהוא חלב אלא על פי עד אחד ואפי"ה אמרינן הואיל והאמינה התורה ע"א באיסורין כשנים הוא וה"נ הואיל והאמינה התורה עד אחד בסוטה הוי כשנים ומפסידה כתובתה ע"כ) ׃ ממה דרבי יודה אומר פלוני נזיר וגיעמא התריתי בו אינו לוקה אמר לו אחד נזיר אתה והיה נוהג בנזירות על פיו שתה יין וגמא למתים התרו בו שנים לוקה ועיקר עדותו לא בעד אחד הוא ממה דרבי מנא אמר פלנית כהנת וזונת ובא עליה בעלה ובעלה כהן והתריהו בו אינו לוקה נסתרה בפני שנים אמר אחד אני ראיתיה שניטמאת ובא בעלה עליה כהן התרו בו שנים לוקה עיקר עדותו לא בע"א הוא ׃ הרי מבואר כהדיא בירושלמי כדברינו דכיון דכבר אתחזק דהממון הנה של האיש הרוצה לקדש אותה על פי האשה ובממונא הודאתה כמאה עדים דמי ולכן אם קידשה אח"כ באותן הממון בפני עדים הלין הקדושין ואין אנו אומרים כיון דעיקר הקדושין הוא על ידי הודאתה כדאיתא בירושלמי :

שוב הביא ראיה השער המשפט בסימן ע"ה הנ"ל שכתב שראיה מפורשת מצא לדבריו בבעל התרומות בשער מ"ו חלק ד' שכתב שם על הא דאמרינן בפרק איזהו נשך האי מאן דאוזיף פשיטי מחבריה ואשכח ביה טופינא אי בכדי שהדעת טועה חייב לאהדורי ליה ׃ ואי לאו מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה ׃ ואי אינם תקיפא הוא דילמא מיגזל גזליה ואבלע ליה בחשבון ׃ וכתב שם הבעל התרומות וז"ל משתכחת דווקא כי שתיק ולא תבע ניהליה בהותו יתרת הוא דאין חייב להחזיר ׃ אבל אי אתא בתר הכי ואמר טופיינא יתרתא יהבית לך וטעיתי אע"פ שהוא בכדי שאין הדעת טועה ויש לנו לומר דילמא מעיקרא יהביה ניהליה בתורת מתנה או בחדא אגפי מהני דהתירא וזכה בכן האחר והשתא הוא דקא בעי למיהדר ביה אפ"ה מהדרין לו דאיהו ברי ואידך שמא ובכולהו גמרא קיי"ל ברי ושמא ברי עדיף עכ"ל ׃ וכן הוא שיטת הרא"ש שם והובא שיטה זו בסמ"ע וש"ך סימן רל"ב ס"ב ׃ הרי להדיא דס"ל להבעל התרומות דהיכא שידוע שבא ממון חבירו לך שאינו יודע באיזה אופן או במתנה או דמיגזל גזליה ואבלע ליה בחשבון בכה"ג כו"ע מודי דברי ושמא ברי עדיף ׃ ולפענ"ד נראה לי דמבעל התרומות אין ראיה דהא אמרינן בשבת (דף י' ע"ב) הנותן מתנה לחבירו צריך להודיעו אלמא דאם נתן מתנה דרך שיודע המקבל שקיבל מתנה מחבירו ׃ וגם מצד הסברא הוא דדרך הנותן ורצונו שידי' המקבל מתנה ידע שעשה לו טובה שבעבור זה יעשה לו נייח לנפשיה ויש בזה כדי הייו כדאמרינן בגיטין (דף נ"ע ע"א) והבא אדרבה עשה הנותן להיפך לא אמרינן שנתן לשם מתנה שעשה באופן זה שלא יודע המקבל שקיבל מאותו מתנה ׃ ואף דאמרינן בב"מ (דף ט"ו ע"ב) וניחא ליה לשם מתנה כסיפא ליה מילתא ׃ הרי חזינן דפעמים עושה הנותן באופן שלא יודע חבירו שנתן לו איזה מתנה ׃ מ"מ לא דמי לכך דפרק איזהו נשך הנ"ל ׃ דבשלמא בכך דאמרינן כסיפא ליה מילתא אף שבשעת המתנה אינו יודע שקיבל מחבירו מתנה מ"מ לאחר כך יודע ומשו"ה נותן לו חבירו שבודאי יעשה לו נייח נפשיה אח"כ עבור המתנה לכשידע שקיבל ממנו ׃ מה שאין כן כך דאיזהו נשך שגם יכול להיות שלעולם לא יוודע להמקבל שקיבל מכך דהנותן טופינא שאולי יערב המעות הזה בתוך מעותיו לכן בודאי לא נתן לו לשם מתנה ׃ וכ"ת אם נתן לו מעות הטופיינא לשם פקדון ג"כ צריך להודיעו שנותן מעות לשם פקדון כדי שישמור אותן דכספים של פקדון צריכין שמירה מעולה כדאמרינן בב"מ (דף מ"ב ע"א) אמר שמואל כספים אין להם שמירה אלא בקרקע ועיין בחו"מ סימן רנ"א סעיף ט"ו דיש לומר דלעולם לשם פקדון נתן לו דממה נפשך דאם יודע לו אח"כ שנתן לו מעות טופיינא יודע שיש לו מעות בפקדון וצריך לשומרן ׃ דהא בודאי יש רשות להוציאם המעות הטופיינא לעשות בהם כפי רצונו דהא אבלע ליה בחשבון ׃ ולפ"ז בודאי מותר להשתמש באותן המעות של הטופיינא ׃ וכיון שכן הוה ליה עלייהו לכל הפחות שומר שכר ׃ עיין בב"מ (דף כ"ט ע"א) רבי טרפון סבר שרו ליה רבנן לאשתמושי בגוייהו וה"ל שואל עלייהו וגם (בדף מ"ג ע"א) רב נחמן אמר נאנסו לא אמר ליה רבא לרב נחמן לדידך דאמרת נאנסו לא אלמא לא הוי שואל עלייהו אי שואל לא הוי ש"ש נמי לא הוי א"ל בהא מודינא לך דהואיל ונהנה מהנה בההוא הנאה דאי מתרמי ליה זבינא דאית בה רווחא זבין בהו הוי עלייהו ש"ש עכ"ל הגמרא ׃ הרי מוכח מזה דבמעות של טופיינא הוה עלייהו לכל הפחות שומר שכר והוה כדמי אבידה שאיתא בב"מ (דף כ"ט) הנ"ל דהוי עלייהו ש"ש מחמת כיון דשרו רבנן וכו' ומשום זה אין צריך להודיע הנותן המעות הטופיינא שנתן לו איזה מעות כפקדון ׃ וכ"ת דאולי יערב המעות של טופיינא בתוך מעותיו ׃ ולא יוודע כלל להמקבל שיש תחת ידו מעות של פקדון ואם נאמר שנתן לו המעות של טופיינא לשם פקדון היה לו להודיע דגם זה אינו ׃ דמן הסתם אין אדם רוצה שישמור ממון חבירו יותר מממון שלו כדאמרינן בב"מ (דף מ"ב ע"ב) נימא ליה אמאי לא אמרת לה (פירוש אמאי לא אמר לה שהמה מעות של פקדון ע"כ) כל שכן דכי אמינא לה דדידי ניניהו טפי מזדהרי בהו ׃ הרי מוכח דאין אדם רוצה שישמור חבירו מעותיו של פקדון יותר משלו ׃ וכן אמרו בכתובות (דף ק' ע"ב) רבינא הוה בידו תמרא דרבינא זוטי יתמא בר אחתיה הוה לדידיה נמי תמרא הוה קמשיק ליה לבירא אתא לקמיה דרב אשי א"ל מהו לאשתמויי בהדין א"ל זיל לא עדיף מדידך (ופירש רש"י ע"ז מהו לאשתמויי שיש לחוש שלא תגנב הספינה ׃ עכ"ל הגמרא

ופירושה • הרי חזינן דאף במעות של יתומים שהמה צריכין שמירה מעולה כדאשכחן בכמה דוכתי בתלמודא ובפוסקים שהחכמים חששו בשמירת מעות של יתומים ואפילו הכי אינן צריכין שמירה מעולה יותר ממעותיו • לפ"ז ה"נ אף שנתן הטופיינא לשם פקדון • מ"מ אין צריך לומר שהוא לשם פקדון כדי שישמרם דאולי יערב אותם בתוך מעותיו דהא בודאי אין רצונו של הנותן מעות הטופיינא שישמרם יותר ממעותיו • ומשום הכי ס"ל לבעל התרומה דאם הדר הנותן הטופיינא שלא נתן לשם מתנה צריך המקבל להחזירם דבהאי גוונא ברי ושמא ברי עדיף דזאת לא שכיח שיתן מתנה באופן זה אך אם לא הדר הנותן הטופיינא ולא תבע ליה שיתן המעות של הטופיינא • הרי חזינן דנתן לו לשם מתנה אף דלא שכיחא באופן זה מ"מ כיון דלא תבע לו גמר ונתן לשם מתנה • וגם מה שאמרינן באיזהו נשך ואי אינש תקיפא הוא דלא יהיב מתנה מאי א"ל דילמא מיגזל גזליה ואבלע ליה בחשבון דתניא וכו' עכ"ל הגמרא • גם זה לא שכיח כדאמרינן בשבועות (דף מ"ו ע"ב) אבל בגנובין לאו כל כמיניה לאחזוקי אינש בגנבי לא מחזקינן • ועיין בחו"מ סי' צ' סעיף י"א • הרי מוכח מכאן דאין לחשוד אינש לומר עליו דהוא גנב או גזלן ואף שכתב המרדכי בריש מציעא בשם מהר"ם • דהיכא דטוען לחבירו גזלתני או גנבתני דמשביעין היסת וביאר התרומת הדשן בס' של"ג טעמא דלאו הזקה כל כך ממה שאמרינן אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן עיי"ש שהאריך בזה וכן פסקו בשו"ע בסימן ע"ה סעיף ח' כמהר"ם • לפ"ז מוכח להורה שלא כדברינו שכתבנו דהזקה הוא דאינשי בגנבי לא מחזקינן אך עיין בדברינו דלקמן בפרח כ"ד שהארכנו בזה • וכאן אכתוב בקיצור דלעולם מוקמינן אדם בחזקת כשרות כדאיתא בכמה דוכתי • אך משום שמא מלוה ישנה יש לו עליו מורה היתירא לגנוב מחבירו : ומשו"ה כתב התרומת הדשן דלא הוי הזקה כ"כ מה שאמרינן אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן עיי"ש שהארכנו : ובזה ניחא דברינו דהנה להורה קשה אמאי לא אמרינן בב"מ (דף ס"ד) דילמא ספק הלואה היה אצלו ונתודע לו שבודאי חייב משום הכי אבלע ליה בחשבון • וצריכין אנו לומר דמשום ספק הלואה היה ליה לומר בהדיא שחייב לו ומשלם לו ואמאי אבלע ליה בחשבון דבכל האופנים שאמרינן בגמרא שם דמשום הכי אבלע ליה בחשבון יש טעם למה לא אמר ליה בפירוש • ומשום הכי מחזיר לו המעות דבגזילה איכא כסופא בודאי ובמתנה נ"כ איכא כסופא עיין בב"מ (דף ט"ו ע"ב) • ולפ"ז לא נוכל לומר דג"כ משו"ה גזליה משום שמורה היתרא מחמת שיש לו מלוה ישנה עליו דלא היה צריך להבליע ליה בחשבון כיון שלפי דעתו מותר לגזול לא כסיפא מילתא ליתן לו בפירוש • אלא ודאי כיון דאבלע ליה בחשבון מה שאמרינן בגמרא שם דילמא מיגזל גזליה ואבלע ליה בחשבון פירוש דמגזל גזליה בלא שום הוראת היתר • ולפ"ז ניחא דברינו שבודאי לא שכיח שיעשה אדם כן דכל אדם יש לו חזקת כשרות כדאיתא בכמה דוכתי ואי אפשר לפורסם כי רבים המה • ולפ"ז צריכין אנו לומר דמה שאמרינן שם דילמא מגזל גזליה וכו' הוא רק משום דלא תבע ליה א"כ שיתן לו המעות הטופיינא בחזרה משום הכי אמרינן דילמא מיגזל גזליה • אבל כי תבע א"כ צריך להחזירן דבהאי גוונא ברי ושמא ברי עדיף דלא נוכל לומר על איש פרטי שהוא גנב או גזלן • מה שאין כן הכא במודה שקיבל מעות והיינו יודע אם נתן לו לשם מתנה או לא וא"כ בא הנותן ואמר שלא לשם מתנה נתן בהא לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף דשכיח דאדם יתן מתנה לחבירו כדהוכחתי לעיל ממגילה ומגיטין • וגם מה שאמרינן בגמרא עוד שם באיזהו נשך הנ"ל ואי אינש דאתי מעלמא דלא שקיל וטרי בהדיה מאי אמר ליה דילמא אינש אחרינא גזליה ואמר כי יזיף פלוגי פשיטי מינך אבלע ליה בחשבון • גם זה לא שכיחא שיעשה אדם כזאת לאיש אחר דגזל מיניה דדילמא יוודע א"כ שנתן לו טופיינא ויתגלה שמגזל גזלה מיניה ואבלע ליה בחשבון לכן לא שכיח • ומשום הכי ס"ל לבעל התרומות דבהא ברי ושמא ברי עדיף • מה שאין כן בכך דין בכתב השטר שמשפט

במודה שקיבל מעות דהשם שכיחא שיתן מתנות לחבירו לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף • וגם הנך פוסקים דס"ל דהיכא שנתן לו טופיינא אין יכול להוציא מידו א"כ דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף בהך מילתא • מ"מ נראה לי דאין ראיה מדבריהם בהך דינא במודה שקיבל מעות וכו' • דלכאורה קשה על הסוגיא דפרק איזהו נשך היכי אמרינן דדלמא מגזל גזליה • הא בשבועות אמרינן דאין לומר על איש פרטי שהוא גנב או גזלן וגם מה שאמרינן א"כ דילמא אינש אחרינא גזליה מאותו שיבלע ליה בחשבון ג"כ אין סברא שימלא אדם שיעשה כזאת כנ"ל • לכן ס"ל להנך פוסקים דסוגיא הגמרא הוא כך דאם השלשה דברים שנוכל לומר דמשום הכי אבלע ליה בחשבון אם מצרפינן כל השלשה דברים לחדא אומדנא דמוכח שלא נתן לו לשם פקדון לכן אין יכול להוציא מתחת ידו א"כ דמצינו גם בממון שמצרפינן שני מיעוטים ואיתרע לה רובא כדכתבו התוספות בב"ב (דף נ"ג) ד"ה איכא למימר • מה שאין כן גבי הך דינא במודה שקיבל מעות דהשם ליכא אלא חדא וגם לא שכיחא שיתן מתנה בחנם דבאופן זה איירינן השתא דהמקבל לא עשה שום טובה להנותן • משום זה יכול להוציא א"כ • דלא נוכל לומר גם התם דילמא מגזל גזליה משום הכי יהיב ליה הוא ליה לומר דמשום זה נותן לו מעות משום דמגזל גזליה • וכ"ת דכסיפא ליה מילתא משום הכי לא אמר • היה לו לעשות באופן אחר שהיה יכול להבליע ליה בחשבון • וכ"ת דבהא נ"כ חבירו יוודע דמגזל גזליה משום הכי יהיב ליה באמת : גם עתה לא יאמר דנתן לו לשם מתנה • משום דלא עבד ליה נייח נפשיה מקודם בודאי יאמר שמחמת דמגזל גזליה נתן לו :

שוב הביא השטר משפט ראיה בסי' ע"ה הנ"ל במודה שקיבל מעות שנתן לשם מתנה מדברי התוספות והרא"ש בס"פ השואל גבי האי מאן דאמר אושלן מרא למרפק ביה פרדיסי רפיק כל פרדיסי דאית ליה והקשו התוספות והרא"ש שם מהא דאמר בפרק המוכר את הבית האי מאן דאמר ליה לחבריה אני מוכר לך ארעתא דתרתי משמע • ותירץ דהתם יד הלוקח על התחתונה שהמוכר מוחזק בקרקעות שלו והכא יד המשאיל על התחתונה שהשואל מוחזק במרא • אלמא אף שהמשאיל טוען ברי והשואל טוען שמא כוונת המשאיל היה לכל הפרדסים • מ"מ לא מפקינן מיד השואל ויכול להשתמש במרא של המשאיל מספק כיון שהוא מוחזק בו • נלפענ"ד דאין ראיה • דהתם שאני כיון שבודאי הוא שאל לו על הרי פרדיסי לכן המרא עומד בחזקת השואל בודאי ומשום זה מוקמינן המרא בחזקת השואל למירפק ביה כל פרדיסי דאית ליה דלא נוכל להוציא מספק מחזקת השואל • וכדומה לזה איתא בעירובין (דף ל"ו ע"א) בעיא מיניה רבא מרב נחמן ככר זו היום חול ולמחר קודש ואמר עירבו לי בזה מהו א"ל עירובו עירוב היום קודש ולמחר חול ואמר עירובו בזה מהו א"ל אין עירובו עירוב מאי שנא א"ל לכי תיכל עליה כורא דמילחא היום חול ולמחר קודש מספקא לא נחת ליה קדושה היום קודש ולמחר חול מספקא לא פקעא ליה קדושתיה מיניה עכ"ל הגמרא • לפ"ז ה"נ במודה שקיבל מעות מספיקא לא מחזקינן ליה בחזקת המקבל • ועיין בפרח מטה אהרן שכתבתי לעיל יש ראיה לדברי • ולכאורה נלפענ"ד להוכיח מדאיתא בכתובות (דף נ"ד ע"א) איתמר אלמנה רב אמר שמין מה שעליה ושמואל אמר אין שמין מה שעליה אמר רב חייא בר אבין וכו' אמר ליה רבא לרב נחמן וכי מאחר דתנן מתניתין כוותיה דשמואל אמאי הלכתא כוותיה דרב אמר ליה לכאורה כשמואל רהיטנא כי מעיינא בה הילכתא כוותיה דרב מאי טעמא כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה אדעתא למיפקא ולמיפק לא אקני לה עכ"ל הגמרא • ולכאורה לפי הנראה שטוענין עבור היתומים דאביהם היה טוען שברי לו שלא נתן הבגדים לה במתנה והוה כמו שטוענים היתומים טענת ברי (עיין בש"ך בח"מ סי' ע"ב ס"ק כ') • ולפ"ז אי אמרינן במודה שקיבל מעות הנותן יכול להוציא מידו מחמת כי טוען ברי שלא נתן לשם מתנה והמקבל אין לו רק טענת שמא למה הוצרך הגמרא

לומר

לומר כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה וכו'. הא אפילו בלא טעם זה שמין מה שעליה דהוה כמו שטוענים היתומים ברי והיא טוענת שמא. אך נוכל לדחות זאת דזה לא מקרי טענת ברי אף דטוענין ליורש היינו רק היכא שבא לפטור את עצמו אבל לטעון פטורה שמחמת זה יוציאו מן הנתבע אין טוענין ליורשין. וכיוצא בזה כתבו האחרונים בשאר דוכתי. ולפ"ז לא מוכח מכאן בשקיבל מעות וכו' שנתן לשם מתנה. אך נלפענ"ד במודה שקיבל מעות שאינו יכול להוציא אח"כ מדאמרינן בב"מ (דף ט"ו ע"ב) הכיר בה שאינה שלו אמר רב מעות יש לו וכו' ושמואל אמר אפילו מעות אין לו במאי קמיפלגי. רב סבר אדם יודע שקרקע אין לו וגמר ונתן לשם פקדון וכו' ושמואל סבר אדם יודע שקרקע אין לו וגמר ונתן לשם מתנה וכו' עכ"ל הגמרא. הרי הזיקן דשמואל סובר דאם נותן אדם איזה דבר לחבירו בסתמא לשם מתנה יהיב ליה ואף דאיפסק הלכתא בשדיא כרב עיי"ש בסוגיא הא כתב המהרי"ט בח"ס בתשובות השייכים לא"ע סימן מ"ג וז"ל. ולי נראה דמלוקח שדה אין ראיה כלל דודאי התם בתורת מקח יהיב זוזי ואע"פ שידע שאינו שלו הוא"ל ואחריותו על המוכר ואפילו לא כתב אחריות טעות סופר היה ויודע הוא שאם יטרפוה מתנו יטול את דמיה. לא גמר ויהב לשם מתנה דידע דאי מגבה לה מיניה גבי שופרא ושבחא מיניה ועוד דסמך עליה דמוכר שיטרח לקנותה מיד הבעלים כי היכי דנוקם בהימנותיה וכל שלדקי דמצי למעבד עביד לחזור ולקנותה וכדאמרינן זבינא כי היכי דתקום בידה דלוקח זבינה והיכא זכה בה ולא תלי מוכר הדר ביה מהך טעמא דניחא ליה דניקום בהימנותיה ולהכי טרח וזבן עכ"ל. ולפ"ז מרב אין ראיה. אך שמואל דסובר דנתן לשם מתנה הרי מוכח דמודה שקיבל מעות וכו' דאין יכול להוציא מידו כיון דבסתמא יהיב ליה לשם מתנה נתכוין כמו דסובר גבי הכיר בה שאינו שלו. וראיתי להמשנה למלך פ"ג מהלכות אישות הלכה ח' שכתב על הסברא השניה שכתב המהרי"ט הנ"ל וז"ל דברים תמוהים אני רואה בדברי הרב דמאי דאמרינן בהוזר ולקח מהבעלים הראשונים דקנה לוקח מן הגזלן הלה כי הדר זבין כי היכי דליקום בהימנותיה אינה בהכיר בה שאינה שלו אלא בגזלן שמכר ולא הכיר הלוקח שהיא גזולה בידו. וכן כתב הרב המגיד בהלכות גזילה. וכן כתב מהריק"א בטור חושן משפט בשם הר"ן והנ"י וא"כ מאי האי דכתב הרב ועוד וכו' עכ"ל. ולפענ"ד שדברי המהרי"ט אזלי לפי סברת הרמב"ם ובעל התרומות והשולחן ערוך שהמה סוברים דגם בהכיר בה שאינה שלו יש ג"כ הסברא דניחא דלוקים בהימנותיה כדכתב הגר"א (בסימן שע"ג ס"ק ו') שהמה סוברים כן וז"ל ואם הכיר וכו' והקנן גובה כו' לשון הרמב"ם וכ"כ בעל התרומות בשער מ"ז אבל אזיל לשיטתו שפסק דינא דרב מה מכר הראשון לשני אפילו הכיר בה מדפריך שם ע"ז ע"א מה שאירש מאבא כו' והתם בהכיר בה שאינה שלו וכן דעת הרמב"ם וש"ע ריש סי' ע"ד דלא חילקו וכתבו הגוזל כו' כמו שנתבאר כו' וגם עיין עוד בביאורי הגר"א בסי' ע"ד ס"ק ד' שכתב זאת שם בקיצור. ולפי דבריהם ניחא מה שכתב המהרי"ט בסברא השניה. גם נלפענ"ד מב"ב (דף ע"ח ע"א) ואי בעית אימא כי אמור רבנן אונאה וביטול מקח בכדי שהדעת טועה אבל בכדי שאין הדעת טועה לא) אימור מתנה יהב ליה עכ"ל הגמרא. וכן מבואר בש"ע בסימן ר"כ סעיף ח'. הרי מוכח מכאן מכל שכן דנותן אדם איזה דבר לחבירו בסתמא דלשם מתנה נתכוין דמה הכא שלא נתן המעות כי אם בתורת מכירה ואפילו הכי אמרינן דלשם מתנה יהב ליה ומכל שכן היכא דנותן בסתמא דלשם מתנה יהב ליה. וכן כתב הכה"ג בסי' ע"ט בהגהות הטור אות י"ז שכתב על מה שכתב הטור אבל אם טען מתחלה אמת שקבלתי ממך מנה אבל במתנה היה או בפרעון הוי נאמן דלאו דוקא בטענת ברי אלא הוא הדין בטענת שמא הרשד"ם בחלק ח"מ סימן כ' עכ"ל. וכן מוכח משיטה מקובצת לב"מ (דף ו') אביי אמר וכו' ות"ה

בכולם שמא מלוה ישנה יש לו עליו ולפיכך הוא תובע ממון זה או כופר א"כ הכופר בפקדון מה טעם פסול לעדות נימא שמא מלוה ישנה יש לו עליו ולפיכך כפר בו. ואיכא לומר דבכולם לאביי חוששין שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו אלא שהוא ספק והשתא לפיכך כשהוא בא לפנינו ולא הוחזק כפרן עדיין ואינו פסול אנו חוששין שמא עכשיו הוא כופר משום ספק מלוה ישנה וכי נרמי עליה שבועה יודה אבל הכופר בפקדון ביפסלו ודאי כבר יש לנו עדים שכפר ונקיט ליה בידיה עליו להביא ראיה דמשום מלוה ישנה כפר. ואין מוציאין ממון בעדותו ואף לא מאמינים אותו על השבועה שאין ספק מוציא מידי ודאי. דאע"ג דכי לא אתי סהדי דנקיט ליה בידיה תלינן לקולא ואמרינן אימור אשתמוטי משתמיט ליה התם משום דשכיחא מילתא טפי ועבידי שומרים דאמר הכי הרמב"ן אמר. הכותב נראה שזה התירוץ הוא כדמות מערכה דאין אקשיה ניחוש למלוה ישנה ואי איתא למלוה ישנה לא מיקרי כופר כלומר כופר שיהיה פסול לעדות וא"כ האיך מתרצים דשאני גבי נפקד שפסולו ודאי דהא לאו ודאי הוא כיון דאפשר דמדהם ליה משום מלוה ישנה עכ"ל. הרי מוכח מאמר הכותב וכו' דהמודה שקיבל מעות מחבירו ואינו יודע אם במתנה נתן לו או לא שאין מוציאין מיד המקבל. דמה שכתב השער המשפט כיון דודאי שקיבל מעות ואינו יודע אם במתנה נתן ליה מיקרי ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי כנ"ל. דכיון דאם שמא במתנה נתן לו לא מקרי ודאי שקיבל מעות כמו שכתב בשיטה הנ"ל. ואפילו לפי דברי הרמב"ן הנ"ל וזה התירוץ הוא כתוב בחידושי הר"ן שם אף לפי דבריהם נ"ל דלא שייך זה הסברא במודה שקבל מעות דאין ספק מוציא מידי ודאי והתם שאני דממה נפשך אם באו עדים שכפר בפקדון ולא אמר אח"כ שמה שכפר הוא מחמת שיש מלוה ישנה עליו בודאי לא תלינן ליה לשמא מלוה ישנה וכו' ומוציאין מידו הפקדון. נמצא דהוחזק בב"ד שהוא כפרן. משו"ה מיקרי ודאי ואין ספק מלוה ישנה מוציא מידי ודאי. אף אם טוען אח"כ כשבאו עדים שכפר שמלוה ישנה יש לו עליו משו"ה כפר לפ"ז מיירי ע"כ שאיכא עדי פקדון ורא"ו בידו באופן דלית ליה מגו דלהד"ם דהחזרתי (עיין בשו"ע בסי' קל"ג סעיף א' וב' ובסמ"ע סימן נ"ב ס"ק י"ג). דאז מוציאין מידו משום הכי הוי כהוחזק כפרן בודאי. דכיון דמוציאין מידו הוי כאלו נתברר בפני ב"ד שהוא כפרן משום הכי אין ספק מוציא מידי ודאי. מה שאין כן בשך דהודה מעות וכו' [ובזה נתיישב קושיית הכותב על הרמב"ן בשיטה הנ"ל. אך הכותב השיג עליו דלא מיקרי כופר כלומר שיהיה פסול לעדות עכ"ל. כוונתו דאף שמוציאין מידו מ"מ בזה לא מיקרי ודאי שיהיה פסול לעדות ודו"ק. ובאפיקי יהודה סימן כ' הארכתי עוד בזה:

דינים היוצאים מהפרח הזה

א דין במודה שקיבל מעות ואינו יודע אם נתן לו חבירו לשם מתנה או לא כגון דנתן בסתמא וא"כ בא הנותן וטוען בטענת ברי שלא לשם מתנה נתכוין אפילו הכי אין מוציאין מיד המקבל:

ב אם קידש אשה בממון שאין יכול להוציא מתחת ידו כי אם בשבועה והמעות הנ"ל המה מונחים תחת ידו בפקדון כגון שהפקיד אצלה מעות לרורין והאומין כדי שתתן לו איזה חפץ שהוא צריך לו ואח"כ טוען בזה החפץ נאבד באונס וזה הדין דאם בא להוציא מתחת ידה המעות הפקדון צריך לישבע מקודם שכדבריו כן הוא שנאנס (עיין בחושן משפט סימן ע"ב סעיף י"ד) ואם קידשה בה ממון שלו קודם שנשבע אינן חלין הקדושין:

ג דין דאם אשה הודה שיש תחת ידה מעות של פקדון מאיש פלוני וא"כ בא האיש הזה וקידשה באותן המעות של פקדון אין הקדושין אף שאין יודע מעדים שקדשה בפניהם שיש תחת ידה מעות של פקדון רק מקודם הודה האשה

האשה בפניהם שיש תחת ידה אפילו הכי אין הקדושין אלא כדברי שער המשפט :

פרח כג

ולכאורה יש להביא ראיה דאם אדם נותן בסתמא לשם מתנה נתכוין. ממה דכתב הרא"ש בסוף פ"ק דגיטין דבמתנה תן וסילק הוין כמה דלאו כזכי דמי. והא דאמר גבי עבד תן כזכי אע"פ שמרצון לבו משחררו שאני שחרור דאי לאו דעבד לו נייח נפשיה לא הוה משחרר ליה סילק הוי כמו חוב ואם תאמר גבי מתנה נמי אמרינן בפרק הנזקין (דף כ׳) אי לאו דעבד לו נייח נפשיה לא הוה יהיב ליה יש לומר דלא דמי דרגילות הוא כמה פעמים שאדם נותן לקרובו או לאוהבו אע"ג דלא עבד לו נייח נפשיה מעולם. אבל אין דרך אדם לשחרר עבדו אי לאו דעבד ליה נייח נפשיה מעולם עכ"ל. והוכיח מזה בעל מחנה אפרים בהלכות זכיה ומתנה סי׳ כ"ח דבמתנה ג"כ כל היכא דיהיב ליה משום דעביד ליה נייח נפשיה תן הרי הוא כזכי ומרדכי שם ביאר הטעם דלר׳ יוחנן דאמר תנו כזכי. הטעם הוא כיון דאם מכר ונתן החפץ לאחר בעין יפה יהיב ליה עכ"ל. וכעין זה כתב השיטה מקובלת בב"מ (דף י׳) בד"ה אם תאמר משנתנו וכו׳. א"כ לפי דבריהם לכאורה היכא דיהיב ליה משום דעביד ליה נייח נפשיה אף שלא אמר ליה בלשון מבורר שנותן לשם מתנה כגון גבי תנו דשתי לשונות במשמע דנוכל לומר דלשון תנו הוה כאומר זכי כמו דאמרינן גבי עבד בגיטין שם וגבי גיטי נשים מבואר שם דתן לא הוי כזכי מ"מ היכא דעבד ליה נייח נפשיה ובעבור זה נותן לו מתנה הוי תן כזכי. ולפ"ז גם בנותן לחבירו בסתמא והוא עבד נייח נפשיה להנותן מקודם אמרינן ג"כ דלשם מתנה נתכוין אף דלא אמר ליה בלשון מבורר שלשם מתנה נותן לו. ומבואר ביש"ש שם בגיטין בסימן ל"ט דכל האחרונים הסכימו לזה. וכ"ת הא דמוכח מהרא"ש היכא דעביד ליה נייחה נפשיה מקודם אין הטעם אף שלא אמר בלשון מבורר. אמרינן דבעין יפה קא יהיב ודורשין את הלשון כפי טובת המקבל אלא הטעם כמו דכתבו הסמ"ע והש"ך בסימן קכ"ה סעיף ה׳ על מה דמבואר שם בשו"ע דסילק הוי כזכי במלוה או בפקדון דהטעם הוא דפקדון וחוב הוא כבר זה שלהו לידו משום הכי בקל יכול לזכות זה בשבילו מה שאין כן במתנה שבא עכשיו לזכות בממון שלא היה שלו משום הכי בעינן לשון מעולה ומבורר מפי. ולפ"ז דוקא בלשון סילק או תן דלכל הפחות הזיקן דדעתו של הנותן במה שעשה לו הנייח נפשיה לא קיבלה אותה בחנם וחשב שבעבור זה יתן לו מתנה והוכיח סופו על תחלתו. ולפ"ז הוי כמו שיש לו מעות אצל הנותן לכן אמרינן כיון דחוב הוא בקל יוכל לקנותם לגמרי מה שאין כן דאם אדם נותן לחבירו בסתמא אף דעבד להנותן נייח נפשיה מקודם מ"מ אי אמרינן דנותן בסתמא לאו לשם מתנה נתכוין דמעולם לא עלה על דעתו של הנותן שבעבור שעשה לו נייח נפשיה יתן לו מתנה לכן אם נתן לו בסתמא נוכל לומר דלאו לשם מתנה נתכוין דבכה ליכא הסברא של הסמ"ע והש"ך דבקל יכול לקנותם כמובן. אכן נראה לי לכאורה להביא ראיה ממה שמיישב דברי הרמב"ם מוכח לכאורה מזה דאם אדם נותן בסתמא לשם מתנה נתכוין דהנה הקשו על הרמב"ם הלא המה הריטב"א בחידושיו שם (בדף י"ד) ד"ה איתמר סילק מנה לפלוני וכו׳ והשארי ראשונים על מה שכתב בהלכות זכיה ומתנה בפרק רביעי הלכה ד׳ ראובן כו׳ אם אמר לו זכה במנה זוז לשמעון או תן ק׳ זוז לשמעון אינו יכול לחזור בו והקשו עליו מגמרא דהכא מערבין דפריך על המתניתין דאיתא שם בהלכה ה׳ האומר תן גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי כו׳ והחכמים אומרים בגיטי נשים אבל לא בשחרורי עבדים לפי שזכין לו לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו כו׳ (פירוש לכן בגיטי נשים יכול לחזור אבל בשחרורי עבדים לא יכול לחזור דתן הוי כזכי ע"כ) ופריך הגמרא שם כל אתר את אמר תן כסילק וזכה את אמר תן כזכי כיני מתניתא זכה גט זה לאשתי זכה שטר שחרור זה לעבדי לשון מתניתא אמרה כן לפי שזכין לו לאדם שלא בפניו ואין חבין כו׳ ופירש המפרש בד"ה לשון מתניתא כו׳ והכי מוכח מליצנא דמתניתין דקתני לפי שזכין אלמא בלשון זכיה איירי עכ"ל הירושלמי ופירושו. הרי מסיק הירושלמי דבמתנה לא הוי תן כזכי והאיך פסק הרמב"ם דתן כזכי. ולפענ"ד לתרץ לפי מאי דכתב השיטה מקובלת ב"מ (דף י׳) ד"ה וא"ת שהקשו ראשונים על הא דאמרינן בב"מ משנתנו דאמר תנה לי ולא אמר זכה לי (פירוש דתן לא הוי כזכי). הא אמרינן בפ"ק דגיטין דכל האומר תנו כאומר זכו דמי ותירצו ע"ז הירולים שונים ובשם הריטב"א תירץ. דשאני הכא דאמר תנה לי. דכיון דמידי דהפקר הוא דחזי לאידך למזכי. ביה הוה ליה למימר בהדיא זכה לי. דכי אמר תנה לי משמע ליה לאידך דנתינה בלחוד קאמר ולא בעי מסתלק מזכותיה דלא לזכיה בה עד דליתביה ניהליה. וכן פירש גם בתוספות הריטב"א עכ"ל וכן פריך הירושלמי בגיטין בכל אתר וכו׳ ופירש המפרש שם דמקשה מב"מ דמוכח שם דתן לא הוי כזכה עיי"ש. והכא את אמר תן כזכה דהא ה"נ יכול לזכות האיש שאמר לו תן את העבד אי אמרינן דתן כזכה לפי מה שכתב הרמב"ם בפרק שני מהלכות עבדים הלכה א׳ הכותב וכו׳ אבל אם אמר תנו גט זה לעבדי אינו יכול לחזור בו ולא יצא העבד לחירות עד שיגיע הגט לידו עכ"ל. נמצא אף דאמרינן דתן הוי כזכי גבי עבד מ"מ העבד לא יצא לחירות. וכיון שכן יכול האיש שאמר לו תן לזכות בהעבד כיון דסלק זכותו מהעבד דאם רצה לחזור אינו יכול. א"כ יכול לזכות בו אחר שיהיה העבד קנוי לו למעשה ידיו כדכתב הרשב"א בחידושיו בגיטין (דף ל"ז) ד"ה שבאו גופיה כו׳ בשם הרמב"ן דמשום יאוש בעלים נגעו בה. דכיון דנתייאשו בעלים ממנו זכה נכרי בגופו למעשי ידיו דעבד עצמו לא זכה במעשי ידי עצמו ביאוש בעלים לפי שלא פקע ממנו אלא קנין פירות. אבל גט שחרור הוא צריך ובהאי קא קנה ליה למעשה ידיו משעה ראשונה. והלכך אף הקונה ממנו קונה הוא ממנו למעשה ידיו עכ"ל. ולפ"ז נוכל לומר דהאי דאמר תנו שטר שחרור זה לעבדי לא הוי כזכה דהא אחר יכול לזכות בהעבד למעשי ידיו. כיון דאינו בן חורין עד שיגיע השטר שיחרור לידו לפי שיטת הרמב"ם. ואף שכתב השיטה מקובלת בב"ב (דף כ"ד) ד"ה אמר רב יהודה וכו׳ ויש לומר דרב הונא לית ליה דשמואל אלא מסבר סבר דלוקח מעובדי כוכבים כלוקח מישראל וכל שנסתלק המוכר זכה הלוקח וכל שלא זכה הלוקח לא נסתלק המוכר וזה מסתלק וזה זוכה. מ"מ הכא הסילוק של הרב מעבד קודם שזוכה העבד את עצמו והעבד אינו משוחרר עד שיגיע השטר שחרור לידו כדפסק הרמב"ם בהדיא. ולפ"ז אי הוי אומר תנו גבי עבד הוה כאומר זכה לענין דאינו יכול לחזור מהשחרור. ה"ל למימר זכה בהדיא דדילמא יזכה אחר בהעבד למעשי ידיו כדכתב הרשב"א בשם הרמב"ן וה"ל למימר זכה בהדיא דאז העבד תיכף משוחרר וזוכה בו את עצמו אף קודם שיגיע השטר שיחרור לידו. כדפסק הרמב"ם בהלכות עבדים שהבאתי לעיל בהדיא. הלא מסתמא כוונתו באומר תנו גבי עבד לא הוה רק כאומר סילק ובאומר סילק פסק הרמב"ם בהדיא בהלכות זכיה ומתנה פרק רביעי הל׳ ד׳ ראובן כו׳ אבל אם אמר לו סילק מנה זוז לשמעון יכול לחזור בו עד שיגיע המנה ליד שמעון וכן הדין גבי עבד דאם אמר סילק שטר שחרור יכול לחזור כדמוכח מגיטין שם דרק אם אומר תנו הוא דאין יכול לחזור משחרור אבל לא באומר סילק. וכן מוכח מדברי הרמב"ם בפרק שני מהלכות עבדים הנ"ל. ולפ"ז הסברא נותנת דהאי דאומר תן גבי עבד לא הוה רק כאומר סילק ויכול לחזור. לכן פריך הירושלמי בכל אתר את אמר תן כסילק פירש המפרש דאמרינן בב"מ דתן לא הוי כזכי גבי מציאה משום דאי כוונתו באומר תן דיהיה כזכי הוה ליה למימר בהדיא זכה לי כדכתב הריטב"א הנ"ל. והכא את אמר תן כזכה פירוש דהכא ג"כ הוה לן לומר דהא דאמר תנו אל

הוה

הוה זוכה · משום דיכול הך לזכות ביה במעשה ידיו. כדכתב הריטב"א דאף אם כוונתו לזכה אינו משוחרר העבד עד שיגיע הגט שיחרור לידו כדכתב הרמב"ם אלא הוה לן למימר דתנו גבי עבד לא הוי רק כאומר הולך כמו דאמרינן גבי מציאה ואינו יכול לזכות בהעבד כמו שכתבתי · לכן משני הירושלמי דמתניתין איירי דאמר בהדיא זכה עיין בירושלמי שהבאתי לעיל לשונו · אבל תלמודא דידן לא ס"ל. כהך דמשני בירושלמי כדאמר רבי יוחנן בהדיא בגיטין וא"ת משנתינו כל האומר תנו כאומר זכו דמי אף גבי עבד · משום דרבי יוחנן אזיל לשיטתו דסובר בגיטין (דף ל"ח) עבד שברח מבית האסורים יצא לחירות ולא עוד אלא שכופין את רבו וכותב לו גט שיחרור עכ"ל הגמרא · ולפ"ז אף אם נאמר דהן גבי עבד הוי כאומר זכו לענין דאין יכול לחזור · אבל אינו בן חורין עד שיגיע השטר שיחרור לידו · מ"מ לא יוכל אחר לזכות בהעבד למעשה ידיו. מתרי טעמי חדא דנוכל לומר דאין אחר רשאי לזכות בהעבד כיון דליכא גביה עשה. דלעולם בהם תעבודו דלאו עבדו הוא ומשום הכי אינו רשאי לזכות דמרחיקם מתחת כנפי השכינה כדכתב הפני יהושע זאת הסברא בגיטין (דף ל"ח ע"ב) על הא דאמרינן בגמרא שם מיתבי מעשה בר' אליעזר שנכנס לבית המדרש וכו' דאיכא למימר דהא דקאמר רבי אליעזר חובה לא איירי כלל לענין שיחרור ולעולם דלהכניסו תחת כנפי השכינה עדיף טפי · אלא הא דקאמר חובה היינו כשעודנה בעבדות אסור למחול לו השיעבוד זה תורף דבריו · לכן אין יכול אחר לזכות בהעבד אף. שאינו משוחרר עד שיגיע השטר שיחרור לידו · דנוכל לדמות להך מילתא דאמר רחמנא לא תעביד ואי עבד לא מהני עיין בתמורה (דף ד') ואף במילתא דלא מפורש בתורה נוכל לומר דאי עבד לא מהני עיין בכתובות (דף פ"א ע"ב) אמר רב יוסף כיון דאמור רבנן לא ליזבין אע"ג דזבין לא הוי זביניה זביני וכו' עכ"ל הגמרא וברעיוני כמדומה לי שראיתי זה שנים כבירים בחתם סופר שהביא ראיה מהגמרא הזה. דאף במילתא דאסרו מדרבנן דאי עבד לא מהני · ולפ"ז אינו יכול לזכות בהעבד אף אי אמרינן דתנו הוי כזכה · אף דהפני יהושע כתב זאת בדרך הוה אמינא אבל לפי האמת אינו כן · מ"מ הכא אף לפי האמת אינו רשאי לזכות העבד דכיון דאף אם זכה כופין אותו לשחררו כדאמר רבי יוחנן גבי עבד שברח מבית האסורים · דכופין אותו לשחררו משום דאין רשאי להשתעבד בו · לכן ליכא גביה העשה דלעולם בהם תעבודו כדכתבו התוספות בגיטין (דף ל"ח) על מילתא אחריתי בד"ה כל וכו' דכיון דאין סיורבין רשאין להשתעבד בה משום דמצוה לקיים דברי המת לא קרינן בה לעולם בהם תעבודו ומשום נתינת גט להודא ליכא איסור עשה עכ"ל · ולפ"ז ג"כ הכא אף אי אמרינן דתנו הוי כזכי לגבי העבד ואינו יכול לחזור מ"מ אינו רשאי לזכות דאף אם יזכה כופין אותו ב"ד לשחררו דהכא ודאי ליכא עשה דלעולם בהם תעבודו דלאו עבדו הוא מה שאין כן בהך גוונא דמיירי הפני יהושע שם דעבדו הוא · ומשום הכי כתב זאת רק בדרך הוה אמינא · ואף אם נאמר דלא שייך בזה מילתא לומר כל מילתא וכו' מ"מ בודאי אי אמרינן דתנו הוי כזכי אם זכה בו אחר כופין אותו ב"ד בודאי לשחררו דאין שום הפרש יש בין עבד שברח מבית האסורים ובין הך דהכא · לכן אמר ר"י דהאומר תנו כאומר זכו גבי עבד ופליג על הך תירוצא דירושלמי · ולפ"ז לא קשיא מהך דאמרינן בב"מ דאומר תנו לאו כאומר זכו דמי משום דאחר יכול לזכות בה הוה ליה לומר בלשון מבורר כדכתב השיטה מקובצת בשם הריטב"א דהתם שייך זה הסברא · אבל הכא גבי עבד דאף אם יזכו ביה אחר כופין אותו ב"ד לשחררו נמצא דאין יכול שום אדם שיהיה נשאר לו הזכיה בהעבד לכן אינו חושש לומר בלשון מבורר זכי לכן סובר ר"י דגבי עבד כל האומר תנו כאומר זכו דמי · אם כן לפירוש זה לא פליגי הירושלמי עם תלמודא דידן גבי מתנה · ושניהם סוברים דאומר תנו כאומר זכו דמי רק דפליגי גבי עבד אי הוה תנו כזכי או לא וטעמם דפליגי בזה ביררתי · לכן ניחא הא דפסק הרמב"ם גבי עבד כל האומר תנו כאומר זכו דמי כתלמודא

דידן וכדאמר רבי יוחנן גבי עבד שברח מבית האסורים וכו' וגבי מתנה פסק דאומר תנו כאומר זכו דמי · וזה יכול להיות אף לדברי הירושלמי · אך זאת נשאר לנו לבאר למה גבי עבד אף אי אמרינן כל האומר תנו כאומר זכו דמי היינו רק דאינו יכול לחזור אבל העבד אינו יוצא לחירות עד שיבא השטר שיחרור לידו כמבואר בהדיא ברמב"ם בהלכות עבדים שהבאתי לעיל · וגבי מתנה מוכח מדברי הרמב"ם דאי אמרינן תנו כזכי דמי זכה המקבל מתנה מיד שאמר תן כמו באומר זכי דזכה מיד מדכתב הרמב"ם בהלכות זכיה הנ"ל אם אמר לו זכה במאה זוז לשמעון ותן ק' זוז לשמעון אינו יכול לחזור · (מדכללן זכה ותן בדין אחד ולא הפרים ביניהם שום חילוק משמע דדומה ממש לאומר זכו גבי מתנה כי היכי דהאומר זכי דזכה מיד · ה"נ גבי האומר תן ג"כ זכה מיד · אף שמסיק הרמב"ם דבזה שניהם שוין בין אם אמר לו זכה בין אמר לו תן אינו יכול לחזור בו · לא נוכל לומר דרק בזה שוין אבל יש ביניהם חילוק אם אומר זכו זכה מיד אבל באומר תן אף דאין יכול לחזור מ"מ לא זכה בהן מיד כמו דפסק הרמב"ם גבי עבד שהבאתי לעיל · דא"כ למה לא כתב הרמב"ם דבאומר זכו זכה מיד · מה שאין כן גבי האומר תנו כדכתב הרמב"ם בהלכות עבדים הנ"ל גבי עבד · ומה שמסיק הרמב"ם אינו יכול לחזור בו ולא כתב דזכה מיד כשאמר זכו או תנו · משום דסמך על מה שכתבו בהלכות עבדים באומר זכו זכה העבד מיד בשחרורו · אף קודם שבא השטר שיחרור לידו ממילא מובן דגם במתנה הדין כן · ומדכללן זכו ותן בדין אחד ממילא ידעינן דגם בתן הדין כן דזכה מיד לכן לא שמר הרמב"ם לבאר הדין בהדיא דזכה בהן מיד וכתב אינו יכול לחזור בו · כדי שיהיה הלשון דבר וסיפוכו · דהרמב"ם כתב אח"כ אבל אם אמר הולך מאה זוז לשמעון יכול לחזור דזה הדין אינו מבואר בשום מקום אף בהלכות עבדים · לכן כתב הרמב"ם ג"כ מקודם גבי תן וזכי דאינו יכול לחזור · א"כ לפ"ז מוכח מהרמב"ם דבמתנה אמרינן דתן הוי כזכי וזכה בו מיד · ונ"מ בין אי אמרינן דזכה מיד בין אי אמרינן דלא זכה בו מיד רק דאין יכול לחזור בו דלא הוה רק סילוק רשות בעלמא כמו גבי עבד אם נתן חפץ על ידי אחר לחבירו בלשון תן ואח"כ לוה מאחר ושיעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי וגם לוה עוד מאדם אחר ושיעבד לו ג"כ מטלטלי אגב מקרקעי ואח"כ בא החפץ ליד המקבל שהוא הלוה ומכר את החפץ ואח"כ באו שני המלוים לגבות מהחפץ שמכר אי אמרינן דזכה מיד המקבל אז הדין שהמלוה הראשון קודם למלוה השני בהחפץ הזה כמבואר הדין בשו"ע בסימן ק"ד סעיף ה' דאם שיעבד מטלטלין אגב מקרקעי דינם כמקרקעי ואם קדם המאוחר וגבה מוציאין מידו עכ"ל · אבל אם נאמר אף דתן הוי כזכי מ"מ הדין הוא דלא זכה רק כשיבא לידו לפ"ז שני הבעלי חובים שוין המה לענין לגבות מהחפץ הזה חובן כמו שמבואר בשו"ע שם דדוקא שנתברר בעדים שמטלטלין אלו היה בידו קודם שלוה משניהם אבל אם לא נתברר כן בעדים מחזיקים להו כלוה ולוה וקונה דקיי"ל דיחלקו ואם קדם השני וגבה זכה עכ"ל · וכיון דהוכחנו דברי הרמב"ם דגבי מתנה אם אומר תנו זכה בהן מיד לפ"ז הבעל חוב המקודם · קודם להבעל חוב מאוחר לגבות מזה החפץ א"כ צריך ליתן טעם · מפני מה פסק דגבי עבד אף דאומר תנו דהוי כזכו דלא זכה העבד מיד בשחרורו · ומאי שנא · ונראה לי הטעם משום דגבי עבד קיי"ל דמה שקנה עבד קנה רבו · לכן אף אם עביד העבד נייח נפשיה לרבו מקודם ובעבור זה שחררו · מ"מ לא הוי כמו חוב שיש לעבד על רבו אף לפי מאי שאכתוב לקמן אי"ה דאם עביד איניש נייח נפשיה לחבירו הוה כמו שיש לו חוב על חבירו לפי דעת הרמב"ם ואביא ראיה לזה · מ"מ גבי עבד לא הוי כחוב אלא שדרכי בני אדם לגמול טובה עם העבד שעשה לרבו יותר מה שמחויב לעשות לכן הוה מדרכי בני אדם קצת חוב · ומשום זה אף דהוי תן כזכי · מ"מ לא דמי לזכי ממש כיון דלא אמר ליה זכי בפירוש לכן לא הוי כזכי רק דאינו יכול לחזור · אבל העבד לא יצא לחירות עד שיגיע השטר שיחרור

לידו ויש לזה ראיות מהגמרא כמבואר בתשובה כלים והז"ל בשיטת הרי"ף רבו · מה שאין כן גבי מתנה דפסק ג"כ דתן הוי כזכי זכה מיד החפץ דלפי שיטת הרמב"ם שאכתוב לקמן אם אדם עושה טובה לחבירו אינו מקבל מאיש שעשה לו הטובה בתורת מתנה רק חושב שבעבור זה יתן לו מתנה לכן הוי כחוב ממש ומשום זה זכה מיד · כמו דאמרינן גבי מלוה ופקדון דתן הוי כזכי משום דככר של זה ששלחו לידו · ומשום הכי בקל יכול לזכות זה בשבילו · כדכתבו הסמ"ע והש"ך והבאתים לעיל · וה"נ גבי מתנה כיון דאין דרך ליתן מתנה בחנם כדמוכח ממגילה ופרק הנזקין שהבאתי לעיל רק מחמת שעשה לו נייח נפשיה מקודם וחבירו לא מקבל הנייח נפשיה בחנם כדאכתוב לקמן לפי שיטת הרמב"ם לכן יש לו להאיש ששלחו לידו ממון אצל המקבלת · ומשום הכי בקל יכול לזכות זה בשבילו · ולפ"ז מוכח דאם אדם נותן לחבירו בסתם אמרינן דלשם מתנה נתכוין · דאף דגבי מתנה הוא דהוי תן כזכי משום דיש להמקבל ממונו אצל הנותן שבלה לו עבור הנייח נפשיה · לכן בקל יכול לקנותם · מה שאין כן כשנותן את החפץ בסתם שם יכול להיות דליכא שום ממון ביד הנותן דנימא דבקל יכול לקנותם · אבל ממאי דאמרינן גבי עבד תן כזכי · ושם ליכא להעבד ממון אצל רבו עבור מה שעשה לו הנייח נפשיה מקודם דקיי"ל דכל מה שקנה עבד קנה רבו · ואפילו הכי אמרינן דתן הוי כזכי אף דיש בלשון תן שתי לשונות דגבי גט לא הוי רק כהולך וגבי מלוה ופקדון הוי כזכי מ"מ אמרינן גבי עבד דתן הוי כזכי · משום דתלינן דמ"מ איזה נייח נפשיה עביד ליה העבד לרבו : מוכח לכאורה ג"כ בנותן בסתמא אמרינן דלשם מתנה נתכוין ובעין יפה נותן דבהנם לא נתן לו רק משום דעביד לו נייח נפשיה מקודם · אך נוכל לדחות דשם גבי תן אף דאמרינן דלשון הולך הוא מ"מ יש קצת שם מתנה ושייך לומר דבעין יפה הוא נותן מה שאין כן אם נתן את החפץ בסתמא דשם ליכא אף שום קצת מתנה אי אמרינן דלאו לשם מתנה מתכוין לכן לא שייך לומר בזה בעין יפה נותן ודו"ק :

עוד הקשו הראשונים להרמב"ם מתוספתא סופ"ק דגיטין והנני אעתיק לשון התוספתא כמו שהביאו התוספות ספ"ק דגיטין (דף י"ב) בד"ה כל האומר תנו וכו' וז"ל שם ור"י הביא ראיה מתוספתא דקתני בהדיא תן מנה לפלוני שאני חייב לו או פקדון שיש לו בידי וכן הולך כו' אינו חוזר וחייב באחריותן תן מנה זה לפלוני תן שטה מתנה זו לפלוני או הולך כו' רצה לחזור יחזור זכה מנה זו לפלוני התקבל מנה זו לפלוני רצה לחזור לא יחזור · אלמא תניא בהדיא דבמתנה לא הוי תן כזכי · ולפ"ז קשה להרמב"ם איך פסק דבמתנה הוי תן כזכי · ולפענ"ד לתרץ לפי מאי דאיתא בב"ב (דף י"ג ע"ב) דתניא טול אתה שיעור ואני פחות שומעין לו רבן שמעון בן גמליאל אומר אין שומעין לו היכי דמי וכו' לא לעולם כדקתני ודקאמרת מ"ט דרשב"ג משום דאמר ליה או בדמי לית לי דמי למיהב לך במתנה לא ניחא לי דכתיב ושונא מתנות יחיה עכ"ל הגמרא · ופסק הרמב"ם כרבן שמעון בן גמליאל עיין בסוף פ"א מהלכות שכנים · ולפ"ז אם אדם עושה לחבירו איזה נייח נפשיה אינו מקבל בחנם רק חושב שבעבור זה יגמלו טובה אחרת או יתן לו מתנה · אבל לת"ק דלית ליה הך סברא דשונא מתנות יחיה · איכא למימר כיון דעשה בסתם איזה טובה לשם מתנה נתכוין עשית הטובה דאל"כ למה לא דברו זה עם זה עבור משכורתו של פעולת הטובה · ואף שכתב הסמ"ע בסימן קע"א ס"ק כ"ד דטעמא דפסקו כת"ק משום דס"ל דהא דחבירו נותן לו לטובת עצמו דניחא ליה בחלוקה על זה לא קאמר שונא מתנות יחיה א"כ לפי דבריו אם אדם עושה לחבירו איזה טובה אינו מקבלה בחנם מסתמא · אף לת"ק · מ"מ נ"ל דהרמב"ם סובר · דת"ק ס"ל דמקבל הטובה בחנם · לפי מאי שכתב השיטה מקובצת שם (בדף י"ג) ד"ה הא דתניא וכו' דרשב"ג אומר דאין שומעין לו פסק הר"י אף ז"ל כוותיה ואגב דמסתבר טעמיה ור"ח כתב כו' ככתיב בפסקי הרא"ש ז"ל ועוד דאפשר דלאו מתנה היא דתועלת עצמו מתכוין דניחא ליה בפחות · משיהא הכל בשיתוף כו' עכ"ל הרי · מוכח מדבריו דלסברא הראשונה ת"ק ס"ל דאף דהיכא דלא מתכוין להועלת עצמו ג"כ ס"ל לת"ק דכופין אותו בגוד · או אגוד כמובן מדבריו · א"כ לפי הסברא ראשונה של השיטה מקובצת סובר ת"ק דהיכא דעשה טובה לחבירו · מקבלה בחנם בסתמא כדכתבתי :

גם נראה לפענ"ד לפי מאי דאמרינן בבבא מציעא (דף ט"ז ע"א) וחד אמר מתנה כמכר דאי לאו דטרח ואהנו קמיה לא הוה יהיב ליה מתנה להכי טרח ואהנו קמיה כי היכי דלוקים בהמנותיה עכ"ל הגמרא · ולפ"ז נוכל לומר דבהא פליגי ת"ק ורשב"ג דת"ק סובר דהא דקאמר הקרא שונא מתנות יחיה · היינו דוקא היכא דטרח ואהנו קמיה כי היכי דיהיב ליה מתנה · אבל אם חבירו נותן לו מעצמו דלא שקיל וטרי בהדיה כי היכי דיהיב ליה מתנה ע"ז לא קאמר הקרא ושונא וגו' · לכן ס"ל דכופין אותו בגוד או אגוד אף בדליכא שיעור חלוקה כיון דמעצמו רוצה ליתן לו במתנה איזה חלק קרקע · אבל רשב"ג סובר דהא דקאמר הקרא ושונא וגו' בכל האופנים קאמר ושונא וגו' · אף דנותן לו חבירו מעצמו מתנה לכן ס"ל דאין כופין · ולפ"ז סובר ת"ק דהיכי דאתא ליה טובה מחבירו מעצמו יכול לקבלה בחנם דעל זה לא קאמר הקרא שונא וגו' · ולפי זה ניחא דברי הרמב"ם · דהרמב"ם סובר דהתוספתא אתיא כת"ק לכן אף דמוכח בכמה דוכתי בתלמוד דאין אדם נותן לחבירו מתנה · אלא א"כ עשה לו נייח נפשיה מקודם · מ"מ לת"ק מקבל דטובה בחנם דעל זה לא קאמר קרא ושונא וגו' כיון דעשה לו מעצמו הטובה · ובפרט לפי שיטת השיטה מקובצת לפי סברא ראשונה גם כן מוכח כן וסברא נותנת · דאם נאמר דיכול לקבלה בחנם מסתמא קיבל אותה בחנם כיון דלא דברו זה עם זה מאומה בעת שעשה לו הטובה שישלם לו משכורתו · לכן איתא בתוספתא דבמתנה תן לאו כזכי דמי דלא שייך לומר בזה סברת הסמ"ע והש"ך שהבאתי לעיל דמשום הכי בפקדון ולמלוה הוי תן כזכי דכיון שיש לו ממון אצל מי ששלחו בקל יכול לקנותם · אבל במתנה לא שייך זה כיון דמקבל הטובה שעשה לו בחנם לא יש לו ממון אצל מי ששלחו לו המתנה לפי מאי דסובר התנא קמא והתוספתא דאתיא כוותיה · אבל הרמב"ם ז"ל לשיטתיה דפוסק כרשב"ג דס"ל דהקרא דשונא וגו' נאמרה בכל האופנים אף אם נותן לו בעצמו ובפרט לפי הסברת הסמ"ע אף אם מתכוין מה שנותן לו המתנה לטובת עצמו בכל זאת השמיענו קרא ושונא וגו' ולפי מה שסובר רשב"ג והרמב"ם דפסק כוותיה בסוף פ"א מהלכות שכנים · אם אדם עושה טובה לחבירו מסתמא אינו מקבלה בחנם משום דכתיב ושונא וגו' ולפי מה שהוכחתי מכמה דוכתי בתלמודא והבאתים בפרקים הקודמים ובפרט הזה דאין אדם נותן מתנה לחבירו אלא א"כ עשה לו איזה טובה מקודם לפ"ז יש להמקבל מתנה ממון ביד מי ששלחו לו לכן בקל יכול לקנותם כמ"ש הסמ"ע והש"ך דמשום זה גבי פקדון ומלוה תן הוי כזכי דבקל יכול לקנותם מזה הטעם · ולפ"ז ניחא מה שפסק הרמב"ם דבמתנה הוי תן כזכי דפוסק כרשב"ג ולא קשה עליו מה שהקשו הראשונים מהתוספתא משום דאתיא כת"ק :

עוד הקשו הראשונים מגיטין (דף י"ד ע"א) דאיתא התם אמר ליה רב לרב אחא ברדלא קבא דמוריקא אית לי גבך יהביה לפלוני באפיה קאמינא לך דלא הדרנא בי מכלל דאי בעי הדר ביה מאי הדר ביה הכי קאמר דברים הללו לא ניתנו לחזרה כו' עכ"ל הגמרא · והיא מתנה הויא כדאמרינן או מהסיא הוא אמינא מתנה מרובה אבל מתנה מועטת לא קמ"ל דאלמא מתנה היא ודוקא משום מעמד שלשתן הוא דקנה הא משום דאמר ליה הבייה לפלניא דלאו באפיה לא והוחק הוא לומר דהשוה מוריקא לא הוה ברשותיה דרב אחא ברדלא עכ"ל הרשב"א בחידושיו לגיטין (דף י"ד) בד"ה איתמר וכו' · ולפענ"ד נראה לי דהרמב"ם סובר דמה שכתב הרשב"א ודוחק הוא מוכרח זאת מהגמרא דקבא דמוריקא לא הוה ברשותיה דרב אחא ברדלא · דהא באומר תן שוהאי לכל הדעות

בתי

שתי לשיטות משמע דהא במלוה ופקדון הוה תן כזכי כדמוכח בסוגיא שם וכדפסק בשו"ע סימן קכ"ה הנ"ל ובגיטין לא הוי תן כזכי לכל הדעות דהכל פוסקים כחכמים כדאיתא במשנה (דף י"א) שם בגיטי נשים אם אמר תן יכול לחזור (ועיין באה"ע סימן ק"מ סעיף א') ובגמרא איתא דאמר ליה באפיה קמייתא לך דלא אהדרי בי' מוכח מזה דאם היה ברשותיה של רב אחא ברדלא הקפא דמוריקא ואמר תן בודאי נתכוין דהוה כמו שאומר זכי דאם לא נתכוין שיהיה תן כזכי מאי למימר הדר ביה. לפ"ז אף אם נאמר דבמתנה לא הוה תן כזכי יקשה ג"כ קושית הרשב"א למה הוצרך לזכות הקפא דמוריקא במעמד שלשתן. הא בלאו הכי קנה דהא מוכח דמאי דאמר תן הוי כאומר זכי: אלא ודאי דהקפא דמוריקא לא היה ברשותו של רב אחא ברדלא. לכן הוצרך לזכות ע"י מעמד שלשתן. ולפ"ז לא מוכח מהגמרא מידי דבמתנה לא הוי תן כזכי. דהא אף אם נאמר דבמתנה לא הוי תן כזכי מוכח מהגמרא דהקפא של מוריקא לא היה ברשותיה של רב אחא:

עוד הקשו האחרונים על הרמב"ן והעתיק לשון התוספות שלוחיהו דיש חילוק בין מתנה למלוה. וממילא יהיה קושיא על הרמב"ם וז"ל (בדף י"ב) בד"ה כל ומדקדק הר"ת דיש חילוק בין מתנה למלוה דתנינן לקמן (דף י"ד) הולך מנה לפלוני שאני חייב לו הן מנה לפלוני שאני חייב לו וכן בפקדון חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר. אלמא בחוב הוי הולך כזכי וגבי מתנה פסקינן בהדיא בסוף פירקין כר' שמעון בן גמליאל דהולך לאו כזכי. וכן בריש השולח (דף ל"ב) אמר שליח מתנה שבליה הגט והולך לאו כזכי וכיון דהולך לאו כזכי תן נמי לאו כזכי. דאי הוה כזכי במתנה כמו גבי מלוה ופקדון אמאי תנן הן כיון דכבר אשמועינן דאפילו הולך כזכי כ"ש תן כזכי דאפילו במתנה הוי כזכי עכ"ל. ולפ"ז קשה להרמב"ם אמאי פסק דגבי מתנה הוי תן כזכי. ולפענ"ד לתרץ דפריך הגמרא שם על הך ברייתא דאם בא לחזור אינו חוזר גבי פקדון לימא ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אמר רבי זירא כשהוחזק כפרן וכו' עכ"ל הגמרא. לפ"ז ניחא דהא דתני בברייתא גבי הולך דאינו יכול לחזור מכל מקום תני גבי הן דאינו יכול לחזור משום פקדון לאשמועינן דגם אם אמר תן בעינן דוקא שיהא הוחזק כפרן. אז אינו יכול לחזור אבל אם לא הוחזק כפרן יכול לחזור. ואף דהתם מעות פקדון אינם צרורים וחתומין ויכול להשתמש הנפקד באותן המעות ולהוציאם כדכתב הסמ"ע בח"מ (סימן ע"ה ס"ק י"ב) דמעות מן הדרך שנותן אותו ביד הנאמן להשביחן עכ"ל. וכ"ת היינו דוקא דנותן אותן להשביחן שיהיה לטובת הנותן. אבל אינו נותן מעות שישביח חבירו באותן המעות. דהא אם יוציאם הנפקד יהיה ג"כ לטובת הנותן כדכתב בחידושי הר"ן בב"מ (דף כ"ט) בד"ה ע"כ וכו' אבל מעות אבידה שאין הדבר תלוי בו לשיחזירן שהרי אינו יודע בעליהן שמו חכמים דעתן כל בני אדם שכל אדם רוצה לנותם ולהתחייב באונסין ולא להעמידן בעין לעולם ושיהא חייב בהן בגניבה ואבידה כנ"ל עכ"ל. אף שכתב שם הר"ן מקודם לזה דבמעות ופקדון אין דעתיה ללות דשמא יצטרך המפקיד ליטלן היינו בשעה שאין מעות מצויות אצלו. כוונתו שאין רצונו של מפקיד שיהיה הנפקד כלוה דאם יהיה כלוה מלוה להוצאה ניתנה ודילמא יוציאם לצרכו כגון למזונות שלו או כיוצא בזה. ובמה המפקיד יצטרך לאותן המעות מה שאין כן אם נותן מעות שאינם צרורים וחתומין אף שמותר להשתמש בהן ולהוציאם מ"מ אינם רשאים להוציאן לצרכו כמו במלוה רק שיוציאם בעיסקא ויהיה העיסקא מצוי אצלו. ואם יצטרך המפקיד יזבן העיסקא ויתן לו המעות כדאכתוב אי"ה לקמן ראיות ברורות שהמעות של פקדון דינם שיהיה מצוין תמיד בעיסקא. ותדע לך שכן הוא דהא איתא בב"מ (דף מ"ג ע"א) דאם היה המעות הפקדון אינם צרורים וחתומין מותר להשתמש בהם והאיך ישתמש בהם דילמא יהיה צריך המפקיד לאותן המעות אלא ודאי כדכתבתי. וכיון שכן אם מפקיד מעות שאינם צרורין וחתומים טובת המפקיד הוא מה שנותן אותם אינם צרורין וחתומין כדי שיוכל להשתמש בהן ומחמת זה יהיה על המעות שומר שכר כדכתב הר"ן בדמי אבידה. ולדעתי זה כוונת רש"י דאיתא התם מותרים להשתמש בהם אמר רב הונא אפילו נאנסו וכו' ור"נ אמר נאנסו לא אמר ליה רבא לר"נ לדידך דאמרת נאנסו לא אלמא לא הוי שואל עלייהו או שואל לא הוי שומר שכר נמי לא הוי אמר ליה רבא מודינא לך דהואיל ונהנה מהנה בההיא הנאה דלא מתרמי ליה זוזא דאית ביה רווחא זבין בהו הוי עלייהו ש"ש ופירש"י בד"ה הואיל ונהנה מהנה לבעלים פירש לפירושו דגם הבעלים אית להו הנאה מה שהוציאן כדי שיהיה עליהן שומר שכר מכל זה נראה לי דמסתמא מי שנותן מעות פקדון דעתו ג"כ להשביחן והשבח של אותן המעות הוא מה שיהיה עליהן שומר שכר ועיין בתוספות ב"מ (דף כ"ט) ד"ה והוה שואל עלייהו דמשם ג"כ מוכח כדברי. וכיון דהוכחנו דסתם מעות של פקדון אינם צרורים וחתומים לפ"ז היינו יכולים לומר דאם אמר תן אף אם אינו הוחזק כפרן ג"כ אין יכול לחזור דזכות הוא למפקיד מה שאינו יכול לחזור כמו גבי הוחזק כפרן דהא האיש שאמר לו תן אינו רשאי להוציאן דהא כבר כתבתי דכאן זכה מיד האיש שנשלח לו והאיש הזה לא מסר לו אינם צרורים וחתומים כדי שישתמש בהן דהא דמותרין להשתמש בהן נ"ל דהטעם הוא משום דגילה דעתיה המפקיד שרצונו שישתמש בהם וביד האיש הנשלח ליכא שום גילוי דעת לכן אסור להשתמש בהם. וכ"ת מאי זכות איכא להנפקד דהא כבר כתבתי דהמפקיד רוצה שיוציאם דיש לו הנאה מזה זה אינו דלא שייך הכא האי טעמא דהא חייב באחריותו והוא באחריות של הנפקד כדין שומר שכר. לפ"ז יש זכות להנפקד מה ששלחו על ידו כשאמר תן. לפיכך הוה אמינא דגבי תן לא בעינן שיהיה הנפקד הוחזק כפרן לכן משמיענו הברייתא דגבי תן ג"כ בעינן שיהיה הוחזק כפרן. וכי תשאל מהיכא אנו למידין זאת נראה לי משום דתנו בברייתא וכלל כל הדינים יחד ולא חילק ביניהם משמע דין אחד להם. וגבי הלואה בשניהם לא בעינן הוחזק כפרן וגבי פקדון בשניהם בעינן הוחזק כפרן. ולפי דברינו אלו לא קשה להרמב"ם מה שהקשו האחרונים עליו לפי מה שפסק דגבי מתנה הוי תן כזכי והולך לאו כזכי למה איצטריך התנא למתני הבבא דתן דהוי כזכי בהלואה ובפקדון כיון דכבר השמיענו התנא בהבבא דהולך דאפילו הולך הוי כזכי ממילא ידעינן מכל שכן דתן הוי כזכי. ולפי דברינו ניחא דאיידי דהוצרך התנא למתני גבי פקדון תנא נמי גבי הלואה. וכ"ת דלפי מה שכתבתי דמעות של פקדון מיירי באינם צרורין וחתומין למה בעינן שיהיה הנפקד הוחזק כפרן. דהא כתב הסמ"ע והש"ך הנ"ל הטעם דבהלואה לא בעינן שיהיה הלוה הוחזק כפרן משום דהלואה ניתנה ומתחלה לא הלוה לראובן אלא למלאות בקשתו דכל ענין הוא זכות לשמעון שתצא מידו דראובן ותבא בעין ליד שמעון. מה שאין כן בפקדון דגם בהיותו ביד ראובן הוא בעין ושמעון הפקידו בידו בשביל הנאת עצמו משום הכי כל שאינו נעשה אח"כ כפרן אין לשמעון זכות בחזרתו לידו ומשום הכי יכול לחזור ביה. ואם נימא דמיירי גבי מעות פקדון שאינם צרורים וחתומין יש זכות למפקיד כמו בהלואה שיש זכות להמלוה כיון דמותרין המה המעות הפקדון יכול להשתמש בהן ולמה בעינן שיהיה הוחזק כפרן. ונלפענ"ד לומר לפי שיטת הרמב"ם על פי מאי דאיתא בב"מ (דף ק"ד ע"ב) אמרי נהרדעי האי עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון עבוד רבנן מילתא דניחא ליה ללוה וניחא ליה למלוה השתא דאמרינן פלגא מלוה אי בעי למשתי ביה שכרא שפיר דמי רבא אמר להכי קרו ליה עיסקא דא"ל כי יהבינא לך לאיעסוקי ביה ולא למשתי ביה שכרא ופירש"י על זה בד"ה להכי קרו עיסקא על אידך רבא דאיתא התם שתהא קיימת תמיד ומתעסק בה ויסמכו עליה בעלים שלא תגיע לכליה כו' עכ"ל הגמרא ופירושו. וגדולה מזו כתב התוספות רי"ד בקדושין (דף מ"ז ע"א) בד"ה מר סבר מלוה לאו להוצאה ניתנה מה שפירש המורה שלא ניתן להוציאה בהוצאה אלא להעמידה

להעמידה בעסקא שתהא מלויה בכל עת שתתבענה עכ"ל ועיין ברש"י שם בד"ה להוצאה ניתנה שמוכח כדברי התוספות רי"ד ואף שהתוספות רי"ד לא נראה לו פירש המורה· מ"מ נ"ל דהיינו דוקא במלוה דרשות בידיה להוציאה אף למשתי ביה שכרא· אבל בפקדון אף דרשאי להוציאה אם אינם צרורין וחתומין בזה מודה התוספות רי"ד שלא ניתן להוציאה בהוצאה אלא להעמידה בעסקא שתהא מלויה בכל עת שתתבענה· היוצא מדברינו שמעות פקדון שאינם צרורין וחתומין אף דרשאי להשתמש בהם מ"מ בעינן שתהא מלויה בעסקא· ומשום הכי בעינן שיהיה הנפקד הוחזק כפרן אז הוא טובת המפקיד מה שלחו הנפקד אבל כשלא הוחזק כפרן ליכא שום טובת המפקיד דאדרבה יכול לומר אין רצוני שתהא פקדוני ביד אחר· דאף דהנפקד רשאי להוציאו והאיש ששלחו על ידו כשאמר תן אינו רשאי להוציאן· מ"מ ליכא שום טובה דאף דהנפקד רשאי להוציאן היינו דוקא באופן שתהא מלויה תמיד בעסקא שתהא מלויה בכל עת שתתבענה· אבל באופן אחר אינו רשאי להוציאן אבל במלוה דרשאי להוציאן אף למשתי ביה שכרא לכן זכות הוא להנפקד מה ששלחן על ידי איש להמלוה דאולי יצטרך את המעות והלוה יוציאן ואין בידו להחזירן לו לכן לא בעינן שיהיה הוחזק כפרן· וכיון שתרצתי כל הקושיות של הראשונים שעל דברי הרמב"ם בדברים נכונים לפענ"ד· לכן כעת אברר שיש ראיה לפסק של הרמב"ם דגבי מתנה הוי תן כזכי מדברי הגמרא מגיטין (דף ל"ב ע"ב) דאיתא התם אמר אביי נקטינן שליח מתנה הרי הוא כשליח הגט כ"מ להולך לאו כזכי דמי עכ"ל הגמרא· הרי מוכח מזה כדברי הרמב"ם דגבי מתנה הוי תן כזכי דאם לא כן היה לו לאביי לאשמועינן רבותא יותר וה"ל לומר כ"מ לתן דלאו כזכי דמי דבגט לא מהני תן עיי"ש בתוספות ד"ה להולך וכו' אלא ודאי דגבי מתנה הוי תן כזכי כדברי הרמב"ם ומשום הכי נקט אביי נפקא מיניה להולך וכו' וראיה זו איתא בב"י בסימן קכ"ה באות ס' :

ולפי דברינו שכתבנו דהברייתא (דדף י"ד) בגיטין הנ"ל מיירי במעות פקדון שאינם צרורין וחתומין ורבינו בעל מתנה אפרים לא כתב כן בסימן ו' מהלכות שאלה ופקדון שכתב שם דצריך לברר מה שאמרו אין השואל רשאי להשאיל אם עבר השואל והשאילה לאחר אם יכול לחזור ולהוציא מידו של שני מטעם דאין רצונו שיהא פקדוני ביד אחר דלפי מה שכתב הרי"ף ז"ל בפרק המפקיד דמה שאמרו אין השואל רשאי להשאיל הוא דוקא לכתחלה אבל אם עבר ועשה לא מיקרי גזלן דלא קיי"ל כר"מ דאמר כל המעביר על דעתו של בעל הבית נקרא גזלן יע"ש· היה נראה לומר ג"כ דאין השואל הראשון או הבעלים יכולים להוציא מידו של השואל השני דשואל הראשון זכה בה לאשתמושי בה כל ימי שאלתה· וזה הזכות שיש לו בה נתנו לשני ומה שאמרו בפ"ק דגיטין פקדון אמאי אינו יכול לחזור ביה ולימא ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר וכו'· התם שאני משום דאינו אלא פקדון ואין לו שום זכות בו לנפקד לאשתמושי ביה לא לראשון ולא לשני· אלא שנתנו לזה כדי להוליכו לבעליו· וע"ז הותיב ליה אמאי אינו יכול לחזור אי משום דזכה זה השני לבעלים הלא אין כאן זכיה דלא ניחא להו לבעלים בכך דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר· לפ"ז מוכח דמיירי הך ברייתא דגיטין במעות צרורין וחתומין דאינו יכול להשתמש בהן· אך מ"מ אף לפי דברי שכתבתי שהברייתא מיירי במעות שאינם צרורין וחתומין דיכול להשתמש בהם הנפקד אינו מוכח מדברי הגמרא דגם דאם עבר השואל והשאיל דהבעלים מוציאין מיד השני מטעם השני שכתב דאין רשות להשני להשתמש בהם דלא נתן לו רק להוליכו לבעליו ולא לאשתמש ביה :

פרח כד אות א

וראיתי להגאון בעל דברי משפט (בסימן קכ"ה בסעיף ב' ס"ק ב') שכתב מה דנסתפק הרבינו בעל מתנה אפרים בהלכות שאלה ופקדון סימן ו' והבאותיו לעיל בסוף פרח הקודם יע"ש· דדין זה תליא במחלוקת דאביי ורבא· לאביי דסובר משום הכי שומר שמסר לשומר חייב דאמר ליה אין רצוני שתהא פקדוני ביד אחר ומשום הכי אם נאבד משומר שני חייב שומר ראשון· אם כן אפשר לומר דאף דקיי"ל אין השואל רשאי להשאיל ואין שוכר רשאי להשכיר היינו דוקא לכתחלה אבל בדיעבד אין בעלים ראשונים יכולין להוציא משני· אבל לרבא דסובר משום הכי שומר שמסר לשומר חייב דאמר את מהימנא לי האיך לא מהימן לי· אם כן הא דקיי"ל אין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר אפילו בדיעבד אם השאיל לאחר יכולין בעלים להוציא משני דאמר ליה האיך לא מהימן לי אולי יעכב החפץ בידו ויטעון דנגנב ממנו ואף דשואל ראשון יהא חייב לשלם מ"מ בעלים יכולין לומר אינו חפץ בממון רק בחפץ שלי· ואולי יעכב השני החפץ לעצמו ויטעון דנגנב ממנו ודבריו הקדושים אינם מובנים לי· דלפענ"ד נראה דאף לרבא אם עבר השואל והשאיל לשני אינם הבעלים יכולים להוציא מיד השואל השני· אך קודם שאביא ראיות ברורות לזה אקדים מה דקשה על הסוגיא דב"מ (דף ל"ה ע"ב) דאיתא התם במשנה השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר א"ר יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו אלא תחזור פרה לבעלים· גמרא· א"ל רב אידי בר אבין לאביי מכדי שוכר במאי קני להאי פרה בשבועה ונימא ליה משכיר לשוכר זיל אנת וזיל שבועתך ואנא משתענא דינא בהדי שואל· א"ל מי סברת שוכר בשבועה הוא דקא קני לה משעת מיתה הוא דקני ושבועה כדי להפיס דעתיה של בעל הבית עכ"ל הגמרא· ויש כמה קושיות בשמעתא זו ובסוגיין השייך לזה [א] מאי פריך רב אידי בר אבין זיל אנת וכו' ואנא משתענא דינא בהדי שואל הא השואל מעולם לא נשתעבד להמשכיר אלא להשוכר ויכול שואל לומר להמשכיר לאו בעל דברים דידי את וקושיא זו התעררתי מעצמי ואח"כ מצאתיה בשיטה מקובצת שם בד"ה מכדי וכו' ומחזק הקושיא מדאמרינן בפרק השואל דלרבנן אין לבעלים על השואל כלום ולא הוי שומר דידיה כלל עכ"ל· ובודאי כוונתו להך דהשואל (דף נ"ו ע"ב) ולפ"ז קשה יותר מאי פריך רב אידי הא השואל לאו בעל דברים של המשכיר [ב] קושיות הגאון רע"א שנדפס בסוף מסכתא ב"מ בחידושי הר"ן מה דאמרינן בסוגין במיתה הוא דקנה לה ושבועה כדי להפיס וכו' וזה תמוה למאי צריכא לומר ושבועה כדי להפיס הא בפשיטה השבועה מדין שבועת השומרים וכי צריכי ליתן טעם לכל שבועת השומרים מטעם להפיס· והא בפשיטא גזירת הכתוב הוא דצריך השומר לישבע שכדבריו כן הוא ולא מצאתי מי שעמד בזה וה' יאיר עיני עכ"ל [ג] מאי דהקשה הרא"ש על ר"ח גאון בסוגיין השייך לזה איתמר שומר שמסר לשומר רב אמר פטור· ור"י אמר חייב אמר אביי כו' ולטעמיה דר"י לא מבעיא שומר חנם שמסר לשומר שכר דגרועי גרעה לשמירתה אלא אפילו ש"ח שמסר לש"ש דעלויי עלייה לשמירתו חייב דא"ל אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר וכו'· אמר רבא הילכתא שומר שמסר לשומר חייב כו' מאי טעמא דאמר לו את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה עכ"ל הגמרא· וכתב הרא"ש בסימן ו' והלכתא כרבא דבכל דוכתי קיי"ל כרבא לבר מיע"ל קג"ם· ודלא כרבינו חננאל שפסק כאביי משום דקיימא כרבה דאמר תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב· וליתא דגם רבא ס"ל דתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב אלא דלא מחייב תחלתו בפשיעה מה שמסר פקדונו ביד אחר בלא רשותו· כיון שמסרה לבן דעת עכ"ל [ד] דקשה על הך דאיתא התם איתמר פשע בה ויצאת לאגם ומתה כדרכה אביי משמיה דרבה אמר חייב רבא משמיה דרבה אמר פטור כו' רבא משמיה דרבה אמר פטור כו'· מאי טעמא דאמרינן מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם· אמר ליה אביי לרבא לדידך דאמרת מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם הא דאותביה רבי אבא בר ממל לרבי אמי ושני ליה בשנתנו לו

בעלים

בעלים רשות להשאיל ולימא ליה מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם א"ל לדידכו דמתניתו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר איכא לאותביה לקושיא לדידי דאמינא אנא מהימנת לי בשבועה והאיך לא מהימן לי בשבועה ליכא לאותביה כלל עכ"ל הגמרא · והקשה ע"ז הגאון רע"א שם דמה מהני הא מ"מ מוכח הסברא מדהוצרך ר' אמי לתרץ אליבא דטעמא דאין רצונו דמתניתין שנתנו לו רשות להשאיל ולא תירץ דמתה הוה סופו באונס מוכח דס"ל דלא אמרינן מלאך המות מה לי הכא וכו' ואם רבא פליג בזה על רבי אמי מסברא לימא בקיצור לא ס"ל לדרבי אמי · והב"י כתב ומה דניחא ליה לרב אמי שני ליה · והוא מחוסר ביאור ואינו מובן עד כאן לשונו [ה] קושיית הגאון רע"א והגאון בעל דברי המשפט על פירוש המשניות להרמב"ם בב"מ (דף ל"ה ע"ב) דכתב הא דקתני במתניתין ישבע השוכר דמתה כדרכה והשואל משלם לשוכר איירי דנתנו לו בעלים רשות להשאיל · דאם לא כן חייב לכו"ע דהא קיי"ל שומר שמסר לשומר חייב אלא א"כ יש עדים דלא פשע ע"ש · ותמוה מאד דבריו הא מבואר בסוגיין דרבא אמר לדידי ליכא לאותביה כלל · דרבא סובר מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם · וכיון דמתניתין איירי דמתה כדרכה · אם כן אפילו אם לא נתנו בעלים רשות להשאיל סברי רבנן דישבע השוכר דמתה כדרכה והוא פטור · והשואל דחייב במתה כדרכה חייב לשלם לשוכר · ועוד הא לרבא דאמר מבו"ש שומר שמסר לשומר חייב משום דאמר את מהימן לי האיך לא מהימן לי וא"כ כיון דמתניתין איירי דשוכר נשבע דמתה כדרכה ודאי פטור דשוכר מהימן ליה ושואל חייב לשלם לשוכר אפילו אם לא נתנו רשות להשאיל :

ונראה לי לתרץ כל הקושיות בחדא מחתא · לפי מה שאביא ראיות ברורות דאם שכר השואל והשאיל לאחר או השוכר השכיר לאחר או השאיל לאחר אינם יכולים הבעלים להוציא מיד השואל השני או מיד השוכר השני · ותחלה אני אומר דמגופא דמתניתין שהבאתי לעיל מהשוכר את הפרה מוכח כן · דאם נאמר דיכולים הבעלים להוציא מיד השואל השני אמאי צריך השואל לשלם לת"ק אם מתה באונס להשוכר ולר' יוסי לבעלים לפי מה שכתבתי לעיל בפרחים הקודמים דהטעם דהשואל חייב באונסין הוא משום דקנה לה לגוף הפרה בעת שהשאילה לפירותיה לפי דעת הרשב"א ומהר"ם והריטב"א והרמב"ם והרא"ש כמה פעמים בתשובותיו הביאם הבעל מחנה אפרים בכמה דוכתי בתשובותיו ואחד מהם בהלכות שכירות סימן ה' ומשום זה אם מתה הבהמה ברשות של השואל מתה, ונסתחפה שדהו · וכיון דמחויב להחזיר לכן חייב באונסיה · דאם לא כן אין חייב השואל באונסיה דהא נסתחפה שדהו של משאיל אם מתה כיון דאין קנויה גוף הפרה להשואל ובמתה הבהמה ברשות של משאיל מתה · והוכחתי זאת מהגמרא שאנו עסוקים כאן באריכות קצת ומשם תדרשנו לטובה · וגם הוכחתי שם מסנהדרין (דף ע"ב ע"א) מסוגיא דהבא במחתרת · וגם הוכחתי זאת מב"מ (דף מ"ה ע"ב) בסוגיא דחליפות יד וע"ש · כי כתבתי שם באר היטב ובעת אכתוב מה שנראה לי לכתוב שם · דכן מוכח מתוספות גיטין (דף ל"ז ע"א) ד"ה שאני, משכון וכו' שכתבו בזה הדיבור בע"ב דבפרק השולח (דף פ"ג ע"א) משמע דלא מהני דרבי יצחק להתחייב באונסין ולא חשוב אלא כשומר שכר · אלמא לא חשוב כשלו לגמרי א"כ מאיזה טעם נחשב כשומר שכר עכ"ל · והרא"ש בפ"ק דקדושין סימן י' כתב זאת בבירור יותר וצריך לדקדק אמאי קנאו להיות עליו שומר שכר אי חשיב קנין גמור · באונסין נמי נחייב · ואי לא חשיב קנין אפילו עליו שומר שכר לא הוי עד כאן לשונו · מוכח מתוך דבריהם בבירור שאם חייב באונסין חשוב קנין גמור בהחפץ שחייב עליו באונסין · ולפי זה הכי נמי בשואל שחייב באונסין קנויה לו גוף הדבר ששאל · ומשום הכי חייב באונסין · וכן מבואר בחידושי הרמב"ן בב"ב (דף קס"ח) דמשום הכי שואל חייב באונסין דכלוקח הוא עד דמחזירה ע"ש הובא דבריו בבעל דברי המשפט בריש סימן ש"ז ומשיג שם אף דכתב

בסימן שמ"ו סעיף י"א הלוקח בהמה לשלשים יום אינו חייב רק בשבועה מ"מ שואל חייב את עצמו להחזיר לו מה ששאלו · ואם באונס בא הרי האונס לשואל ולא למשאיל ע"כ דבריו · וכן כתב הגאון ר"ע איגר שנדפס בסוף בספר חידושי הר"ן הנ"ל וז"ל אלא דהתורה חייבה להשואל באונסין · דכיון דכל הנאה שלו הוה כקם ליה ברשותיה · אבל לא מחמת שמחויב לשמור אף מאונסין · הרי מוכח נ"כ כמו שכתבתי · דמה שחייב באונסין הוא מחמת דהחפץ השאול קם ליה ברשותיה · אך הוא כתב הסברא הזאת בדרך אחר דיהיה ניחא אף לפי שיטת התוספות דפרק הזהב (דף מ"ו ע"ב) ד"ה והאי ביומיה מכירה הוא ושייעתה דס"ל דאינו קנויה הגוף החפץ להשואל או להשוכר לכן הוצרך הגאון ר"ע איגר לכתוב כדי שיהיה ניחא אף לפי דבריהם · אבל לשיטת הרשב"א ומהר"ם והריטב"א והרמב"ם והרא"ש בתשובותיו לפי דבריהם ניחא יותר מה שחייבה התורה השואל באונסין כמו שכתבתי · וכיון שכן מוכח מהמתניתין דהשוכר את הפרה וכו' שאנו עסוקים כאן · דאם שכר השוכר והשאיל לאחר דאין הבעלים יכולים להוציא מיד השואל · דאם לא כן למה השואל חייב באונסין בין לת"ק בין לר' יוסי הא אין קנויה גוף הפרה לשואל כלל · דהא הבעלים יכולים להוציא מידו ומפני מה יהיה חייב באונסין · אלא ודאי דאין הבעלים יכולים להוציא מיד השואל שהשאילה לו השוכר · לכן קנויה ליה גוף הפרה להשואל · ומשום הכי חייב באונסין · ואף לפי מה שכתבו התוספות בכתובות (דף נ"ו ע"א) ד"ה הרי זו בע"ב באותו הדיבור א"נ שאני התם דחייבתו תורה שומר שכר על שלוקח שכר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה הילך במקום שאין משעבדים עצמם פטורין עכ"ל · ולפי דבריהם נראה מה שחייבה התורה באונסין הוא משום שהשואל שיעבד א"ע להתחייב באונסין אף שלא דיברו מאומה זה עם זה עבור השיעבוד הזה · מ"מ גם לפי דבריהם הכא גבי שוכר את הפרה וכו' אמאי השואל חייב באונסין בין לת"ק בין לר' יוסי · הא דעתיה של השואל היתה דיהיה שהשאלה לו הפרה כפי הזמן ששאל אותה ואם היה יודע שהפרה אינה של השוכר או אם היה יודע שהבעלים יכולים להוציאה מידו תוך זמן השאלה לא היה משעבד א"ע · ולפ"ז אמאי מחייב השואל באונסין · אלא ודאי דאין יכולים להוציא מידו של השואל לכן מועיל השיעבוד מה שמשעבד השואל להתחייב באונסין לת"ק לשלם להשוכר אם מתה ולר' יוסי לבעלים · ומכל שכן לפי מה שכתבתי בפרחים הקודמים דאין כוונת התוספות בכתובות במחמת שעבוד יתחייב השואל באונסין דנוכל לומר דכוונתם כמו שכתב הגאון ר"ע איגר דכיון דכל הנאה שלו התורה קם ליה החפץ השאול ברשות השואל להתחייב באונסין · ואם נאמר דהבעלים יכולים להוציאה מידו של השואל הרי לא קם ליה ברשותו של השואל הפרה אף שעה אחת · ומפני מה חייב באונסין · אלא ודאי דאין הבעלים יכולים להוציא הפרה מהשואל לכן חייב באונסים לשלם לת"ק להשוכר אם מתה ולר' יוסי לבעלים · ועוד אביא ראיות ממקומות אחרים מש"ס ומפרשים אביא להלן :

אך מתחלה אבאר מגד הסברא אם יכולים הבעלים להוציא מיד הבעלים אם עבר השואל להשאיל לו · דהנה מגד הסברא למה לא יוכל השואל הראשון להשאיל לאחר דהא יש לו זכות בהחפץ השאול לפירותיה אליבא דכו"ע · ולמה לא יוכל להשאיל אותה לאחר את הזכות שיש בו בהחפץ כמו שאול הוא · וכ"ת כיון משום דקיי"ל דאין השואל רשאי להשאיל לכתחלה לאחר · משום דהבעלים יכולים לומר אין רצוני וכו' · זה אינו מתרי טעמי · חדא דאם השואל השאיל לאחר ואותו האיש הוא כבר מוחזק נאמן אצל הבעלים כדרך שאמרו בב"מ (דף ל"ו ע"א) שאני התם דכל יומא נמי אינהו גופייהו נסבי דהויא שבתא הוי מפקדי גבו עכ"ל הגמרא · למה אין רשאי השואל להשאיל לאותו האיש דהא הכא ליכא טעמא אין רצוני וכו' · שנית דאם נאמר דמשום הכי אין השואל רשאי להשאיל לאחר את זכותו שיש בו או בחפץ השאולה לו משום דשעבד על

דעתיה

דעתיה של בעל הבית דאדעתיה דהכי לא השכיר לו או לא השאיל לו משום דאין רצוני וכו' מפני מה אין השואל הראשון חייב רק באונסין והשוכר אם השאיל לאחר אינו חייב רק בגניבה ואבידה · ובמתה כדרכה פטור כדאיתא במתניתין ישבע השוכר שמתה כדרכה ופטור · הא כתב הרא"ש בפרק לולב הגזול סימן כ"ט ועוד אפילו במתה מחמת מלאכה חייב שהרי קבל עליו להחזירו · ואם לא החזירו המתנה בטלה ונהי דשואל לא הוי מיהו כנפקד ושולח יד בפקדון שלא ברשותו הוי גזלן ואף על פי שברשות ירד הוא ביטל אותו רשות בשלא קיים תנאו ועשה את עצמו גזלן למפרע עכ"ל · ולפ"ז ה"נ אם נימא דמשום הכי אין השוכר רשאי להשאיל לאחר דעבר אדעתיה של בעל הבית הרי ביטל רשותו מה שירד ברשות המשכיר שהוא לא שכר רק לו · ועשה א"ע גזלן למפרע כדכתב הרא"ש · ולפ"ז מוכרחים אנו לומר דלא מיקרי עובר על דעתיה של בעל הבית מה שהשאיל אותה לאחר וכדקיי"ל דלא כר"מ דאמר כל המעביר על דעתיה של בעל הבית נקרא גזלן ומה שאמרו בכמה דוכתי בש"ס אין רצוני וכו' היינו רק לכתחלה כדכתבו התוספות בכמה דוכתי ואחד מהם בב"ק (דף י"א ע"ב) ד"ה את מהימנית לי בשבועה וכן כתב הרי"ף בפרק המפקיד וע"ש בסוגיא זה שאנו עסוקים בו ולפ"ז לא עשה עצמו השוכר גזלן למפרע במה שהשאילה אותה לאחר וממקומו מוכרע זאת דאם נאמר דעשה עצמו גזלן למפרע במה שהשאיל · למה כתבו דאין רצוני רק לכתחלה גבי אם עבר השוכר והשאיל לאחר דודאי מה שכתבו התוספות והרי"ף דהיינו דוקא לכתחלה. גבי שוכר ושואל נמי כוונתם בך הוא · דלא נוכל לומר דדוקא גבי שומר חנם ושומר שכר כתבו כן דאין רשאין למסור לכתחלה לשומר חנם אף לשומר שכר או שומר שכר לש"ש משום דאין להם זכות לא להשומר הראשון ולא להשומר השני להשתמש בהחפץ שמחויבין לשומרו אבל שוכר לשואל או לשוכר אחר או שואל לשואל אחר או שואל לשוכר כיון דיכולין להשתמש בזה החפץ הן השוכר או השואל הראשון והן השוכר השני או השואל השני · ע"ז לא כתבו התוספות דאין רצוני וכו' רק לכתחלה דכיון דמשתמשין האנשים האחרים שלא ברשות הבעלים הוי כשואל שלא מדעת ונקרא גזלן. לא נוכל לומר כן לפי מה שאוכיח לקמן מן הגמרא דפלוגתא דאביי ורבא דאביי סובר דטעמא דמ"ד דשומר שמסר לשומר חייב משום דאין רצוני וכו' ורבא פליג עליו דמטעם זה דאין רצוני רק לכתחלה אסור כמו שכתבו התוספות הנ"ל רק מטעם אחר שומר שמסר לשומר חייב דמשום דאמר ליה את מהימנית וכו'. פלוגתייהו גם בשוכר שמסר לשואל עיין בדברינו לקמן שבירכתי זאת בראיה ברורה ואם תשאל מאי טעמא דאין רצוני רק לכתחלה · דממה נפשך אם חשוב כמשנה מדעת בעה"ב אסור אף בדיעבד די"ל כמו שכתבו התוספות בב"מ (דף ל"ו ע"א) ד"ה אין דלאביי דאף דאמר אין רצוני אסור אף בדיעבד לא מחשב כמשנה מדעת בעלים מה שמסר לשומר אחר · וכתבו הוכחה לזה לכן כתבו אלא י"ל דהטעם הוא דחשיב כאילו פירש לו וכו' וכל אונסין שיארעו לה שיכול לתלות שאם לא מסרה לאחר שלא היו נארעים חייב בה עכ"ל · כש"כ דנוכל לומר לרבא דס"ל דאין רצוני וכו' רק לכתחלה דודאי לא מיקרי מה שמסר לשומר אחר כמשנה מדעת הבעה"ב רק דהטעם הוא דחשיב כאילו פירש לו · שאם ישנה מדעתו כגון שימסרנה לאחר אם יארע לה איזה אונס לא מיהימן לי השומר השני בשבועה דאת מהימנית לי וכו' ולא השני · ואם לא תוכל לישבע אזי תברר ע"פ עדים שאירע אונס בבית השומר השני · גם נוכל לומר עוד טעם דאין זה קפידא גמורה מה שמסר לשומר אחר · ולקמן אי"ה אברר זה בטוב ומשם תדרשנו לטובה אף לכאן · הרי שבירכתי דמה שמסר לשומר אחר אינו חשוב כמשנה מדעת בעלים וגם בשוכר שהשאילה לאחר או איפכא ג"כ אינו חשוב השוכר או השואל הראשון כמשנה מדעת הבעלים וכיון שכן הסברא נותנת שאם עבר השוכר הראשון או השואל הראשון ושכרו לאחר או השאילו לאחר כיון שיש להם זכות בגוף הדבר השכירה או השאילה לפירותיה אינם יכולים הבעלים להוציא מיד השוכר או השואל השני · דלמה לא יוכלו השוכר או השואל הראשון ליתן זכותם לאחר שיש להם בהחפץ השאולה או השכורה כיון דלא חשיב שינוי מדעת הבעלים :

פרח כד אות ב

ובעת אביא ראיה לדין זה מב"ק (דף ל"ג ע"ב) תני רב תחליפא בר מערבא קמיה דרבי אבהו מכרו אינו מכור הקדישו מוקדש מכרו מאן כו' אלא ניזק מכרו אין מכור מני ר' ישמעאל · הקדישו מוקדש אתאן לר"ע לעולם מזיק וכו' עכ"ל הגמרא ועיי"ש בתירוץ הגמרא · הא הגמרא יכולה לתרץ הברייתא בתירוץ המוכרח יותר דאתיא כר"ע דאמר הואלש השור ושותפין נינהו המזיק והניזק בהשור. ומשום זה הקדישו ניזק מוקדש ואפילו הכי אם מכרו ניזק אינו מכור כמו גבי שומר שמסר לשומר אי אמרינן דיכולים הבעלים להוציא מיד השואל או השוכר השני האף דיש לו זכות להשוכר או להשואל הראשון בגוף החפץ השאולה או השכורה משום דאין רצוני וכו' האף דזה רק לכתחלה כמו שכתבו הראשונים מ"מ יכולים הבעלים להוציא מיד השוכר או השואל השני כיון דמ"מ לכתחלה אסור ומה שאמרו דהוי רק לכתחלה לא מהני רק אם יוכל השומר הראשון לישבע שאירע אונס בבית השוכר או השואל השני או יברר ע"פ עדים שלאביי דסובר דאין רצוני וכו' הוא אף בדיעבד ומשום זה סובר דכל אונסין שיארעו לה שיוכל לתלות שאם לא מסרה לאחר שלא היו נארעים חייב בה כגון אם מתה בבית שומר שני דיש לתלות דהבלא דאותו בית קטלה ושמא אם היתה בבית שומר הראשון לא היתה מתה שבריא בית אחד יותר מאחר והוי כפשע בה ויצאת לאגם שהוא מרעה שמן וטוב ומתה דחייב לאביי דאמר דהבלא דאגמא קטלה עיין בתוספות ד"ה אין שהבאתי לעיל · ולרבא דמה שאמרו אין רצוני וכו' הוא רק לכתחלה אינו חייב באונס שיוכל לתלות שאם היתה בבית שומר הראשון לא הוה יארע אותו האונס · אבל יכולים הבעלים להוציא מיד השוכר או השואל השני בין לאביי בין לרבא האף שאין רצוני רק לכתחלה · ולפ"ז נוכל לומר שדעת הברייתא כר"ע ואפילו הכי אם מכרו הניזק אף לר"ע דיש להניזק שותפות עם המזיק בהשור מ"מ יכול המזיק להוציא מיד האיש שמכר להניזק · דיכול המזיק לומר דאין רצוני שיהיה חלקי מה שיש לי בהשור שיהיה ביד אחר · וכ"ש דדוקא בהשומר יכול לומר אין רצוני דכיון שמסר לו מרצונו להשומר הראשון לשמור בודאי מחזיקו אותו לנאמן · משא"כ בשור המזיק שמה שיש להניזק שותפות בהשור נעשית ממילא · מפני זה לא יכול המזיק לומר אין רצוני שיהיה חלקי ביד אחר · דאף שיהיה חלקו ביד הניזק ג"כ אין רצונו זה לא נוכל לומר כן · דהא אף אם השומר השני מוחזק לנאמן יותר מן הראשון אפילו הכי יכול לומר אין רצוני כידוע · הרי חזינן אף אם הוא סברא רחוקה בכל זאת כיון דאיכא קצת סברא לומר אין רצונו אף שרחוק זאת מאד מן השכל האנושי דהא השומר השני מוחזק לכל שהוא נאמן יותר מן הראשון · ולפ"ז גם במזיק אף דאתי ממילא שיהיה הניזק שותפות בהשור יכול לומר לו המזיק עם הניזק מוכרח אני שאהיה עמו שותפות · אבל עם אדם אחר שאינו מוכרח אינו רצוני שאהיה עמו שותפות ולפ"ז אתיא הברייתא כפשטיה דמכרו אינו מכור משום דיכול לומר המזיק אין רצוני שאהיה שותפות עם אחר בהשור דאולי אח"כ יכחישני חלקי שיש לי בהשור · אבל הקדישו הניזק מוקדש דהקדש אינו עומד השור תחת רשות האחר דיכחיש את חלקו · ואף אם עומד תחת יד הגזבר בודאי הגזבר לא יכחיש את חלקו לומר שהשור הוא כולו קדוש · דחזקה אין אדם חוטא ולא לו כדאיתא בקדושין (דף ס"ד ע"ב) ובב"מ (דף ה' ע"ב) ובגיטין (דף ל"ז ע"ב) מאי טעמא כיון דתקינו רבנן פרוזבול לא שביק היתירא ואכיל איסורא עכ"ל הגמרא · והראיה מגיטין דאדם נאמן מה שאין לו הנאה ממנו ראיתי במהרי"ט ואיני יודע מקומו

מקומו · ומשום הכי אם הקדישו ניזק מוקדם מדלא משני הגמרא באופן זה · מוכח דאם עבר השואל הראשון ומסר להשני אינם יכולים הבעלים להוציא מיד השואל השני · כיון דיש להשואל הראשון זכות בגוף בהחפץ השאולה יכול ליתן לאחר זכותו וכן בשואל הדין כן דמה שאמרו אין רצוני וכו' היינו רק לכתחלה אף לענין זה · אבל בדיעבד מה שעשוי עשוי לכן אם מכרו ניזק הוא ג"כ מה שעשוי עשוי לר"ע · ומשום הכי צריך הגמרא לשנות באופן אחר · וכעין ראיה זו יש להביא עוד ראיה מחידושי הרשב"א לב"ק (דף ל"ג) ד"ה הקדישו ניזק איכא בינייהו · וכוא הדין כשמכרו ניזק איכא בינייהו דלר"ע מכור וכדאיתא לקמן בסמוך וכו' עכ"ל · ואי אמרינן דיכולים הבעלים להוציא מיד השואל השני אמאי מכרו מכור כנ"ל · דמשמע קאי כאי איכא בינייהו על השור האמור בתורה : והשור האמור בתורה השור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים והנבילה יפה חמשים זוז לרבי יהודה ולר"מ אין הנבילה יפה כלום עיין שם (בדף ל"ד ע"א) תנו רבנן וכו' · דזה דוחק לומר דהרשב"א מפרש דאיכא בינייהו קאי על השור האמור במתניתין שהיה שור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים · ולפ"ז ליכא ראיה מדבריו כמובן · דאם כן היה ליה להרשב"א לומר דמשום הכי אמרינן בגמרא דהקדישו ניזק איכא בינייהו ולא אמרינן דמכרו ניזק איכא בינייהו · דהגמרא קאי על עיקר הפלוגתא דרבי ישמעאל ור"ע דפליגא על השור האמור בתורה · והתם השור המזיק שוה מאתים · ומדלא פירש הרשב"א כן מוכח מדבריו דאם מכרו ניזק איכא דר"ע מכרו מכור · ואפילו שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים · ולפ"ז מוכח דאין הבעלים יכולים להוציא מיד השואל השני כנ"ל :

עוד נראה לי להביא ראיה מדאמרינן בכתובות (דף פ') אמר רב פפא הא דיהודה מר בר מרימר לאו בפירוש אתמר אלא מכללא אתמר דההיא איתתא דעיילה ליה לגברא תרתי אמהתא אזיל גברא נסיב איתתא אחריתי עייל לה חדא מינייהו אתאי לקמיה דרבא צווחה ולא אשגח בה מאן דחזא סבר משום דסבר מה שעשוי עשוי ולא היא משום רווח ביתא והא קא רווח · (ופירש רש"י על זה בד"ה מה שעשוי עשוי ואפילו נתנה לאחר לשימושה ולא היא לעולם משום רווח ביתא אית ליה לרבא תקנת פירות והא קא רווח ביתא באף עתה היא עושה צרכי הבית) עכ"ל הגמרא · הרי מוכח מכאן דאין הבעלים יכולים להוציא מיד השואל השני · דאם נאמר דיכולים להוציא משום דאין רצוני וכו' דאינו יכול ליתן זכותו של השואל הראשון שיש בהחפץ השאולה לו לאחר · אמאי יכול ליתן הבעל השפחה לאשתו אחרת הא אין להבעל זכות בהשפחה רק לפירותיה כמו שיש זכות להשואל בהחפץ השאולה לו לפירות · וכיון שכן הא אשתו הכניסה לגברא התרתי אמהתא יכולה לומר אין רצוני שיהיה השפחה שלי ביד אחר אולי תבריחה ותכחישם לומר שהם שלה או באופן אחר · אלא ודאי דמה שאמרינן אין רצוני היינו רק לכתחילה אבל בדיעבד אמרינן מה שעשו עשוי כיון דיש להשואל זכות יכול ליתן זכותו לאחר דמסתמא כל אדם בחזקת נאמנים המה כדאמרינן בשבועות (דף מ"ו ע"ב) אבל בגנבין לאו כל כמיניה לאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן וכו' (ועיין בח"מ סימן ל' סעיף י"א) · ומשום זה אין יכולין לומר הבעלים דאולי השואל השני יבריחם דלאחזוקי אינשי בגנבי וכו' דמסתמא איש נאמן הוא · ומשום זה ה"נ גבי תרתי האמהתא יכול הבעל ליתן את זכותו שיש לו בהם רק לפירות לאשתו אחרת :

אחר כתבי זאת ראיתי להבעל תרומת הדשן סימן ל"ג שכתב אע"ג דאמרינן אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן נראה דלא אמרינן הכי אלא לענין זה כדי שלא יהא שכנגדו נאמן לישבע וליטול אבל אינה חזקה גמורה כל כך שאין לחוש לגניבה בשביל כך וה"נ מחלק מוהר"ש במרדכי פ"ק דב"מ אהא דכתב רבינו שמחה דאין משביעין שבועת היסת אטענת גנבת לי משום דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן וכתב מוהר"ש דלא דמי להסיא שהטמין תחת כנפיו דהתם אמר הסוא טעמא דאחזוקי אינשי וכו' כי היכא דלא יהא תובע נאמן בשבועה ונוטל · אבל לעולם הנתבע צריך לישבע היסת אפילו על טענת גנובים אלמא דחשו לה רבנן ועבדו תקנתא · ואע"ג דלאחר ליתנה לא עביד אלא היכא דאיכא דררא דממונא · ואם כן ע"כ לאו חזקה היא דמחזיקים אינשי וכו' דאם לא כן הקשה על התקנתא אדרבה חזקה אינשי גנבי נינהו כדמקשינן בשבועת הדיינין · אדרבה אין אדם מעיז · ורבינו שמחה נמי מצי סבר דלאו חזקה גמורה היא · אבל מכל מקום מהניא דלא חשיב דררא דממונא כלל משום דלא שכיח קנה הוא ולא עביד תקנתא עלה עכ"ל · אף שראייתו של תרומת הדשן אינו מובן לי · מה שכתב דהל"ל תקשה על התקנתא אדרבה חזקה אינשי גנבי נינהו וכו' · דהא גם לתובע יש חזקה · וכי גזלן הוא שיטול ממון שאינם שלו מחבירו · כדמקשה הגמרא בב"מ (דף ק"ב ובדף ק"ג) חזקה אין הבעה"ב עובר משום בל תלין וכו' וכי שכיר עובר משום בל תגזול התם תרי חזקה כו' · ומ"מ אף שראייתו אינו מובן לי אעפ"כ לא אוכל לזוז מדבריו ימין ושמאל · כי מי יבוא אחר המלך וגו' ולפי דבריו אם נפרש כפשוטו לא יש חזקה שהתם אינשי לאו גנבי נינהו ואנכי כתבתי כאן ובשארי מקומות שיש חזקה שהתם אינשי לאו גנבי נינהו אך נראה לפענ"ד דלא נוכל לפרש דברי הבעל התרומת הדשן כפשוטו · דיקשה קשה איך אנו מקבלים עדות ניחוש שמא גנבי נינהו ואדרבה שבכמה מקומות מוכח שמעמידין אדם בחזקת כשרות כידוע ואי אפשר לפורטם כי רבים המה · לכן נ"ל דהא הבית יוסף הביא בסימן ע"ה אות י"ג בשם תלמידי הרשב"א מיהו כטוען לחבירו מנה של רבית יש לי בידך והלה אומר להד"ם דעת מורי שאינו נשבע מפני שלפי טענותיו של זה אינו ראוי לישבע · ואע"פ שאין זה ראוי לפוסלו לעלמא נאמן הוא לחובתו · וטעמא דאינו ראוי לישבע ברבית טפי מגזילה משום דברבית ליכא למימר דמשום ספק מלוה שיש לו עליו הלוהו ברבית דרבית לא אפשר בחזרה דלא מתקן לאוי בהכי עכ"ל · ולפי דבריהם נ"ל דהטעם הוא דנשבע אם אומר גנבת או גזלת וכו' משום דמורי אינשי בה התירא דיש לו להגנב או להגזלן ספק מלוה ישנה ולא יוכל להוציא ממנה ע"פ ב"ד וכעת נזדמן לו שיכול לגנוב או לגזול ממנו שום דבר · לכן עושה כן · ואם יודע לו שאין לו שום תביעה לחבירו יחזיר הגניבה או הגזילה להבעלים כמו דאמרינן בגמרא ב"מ (דף ס' ע"ב) והא קא עבר על לאו דלא תחמוד ומשני הגמרא לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו עכ"ל הגמרא · ה"נ כאן מורי התירא לגנוב או לגזול משום ספק מלוה ישנה · דמה לי אם ישלם ממון אח"כ או שישלם לו מקודם · וסברא הזה מוכחת מתוך דברי תלמידי הרשב"א הנ"ל · כי היכא דמשום זה כתבו דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא יהיה חשוד על השבועה · ולפ"ז ניחא דברי התרומת הדשן שנראה מדבריו דלא יש חזקה כך · דהתם אינשי לאו גנבי נינהו · משום דיכול להיות שלפעמים גונב או גוזל משום שיש לו ספק מלוה ישנה כנ"ל ומה שמקבלים עדות בכל יום ולא חיישינן דילמא גנב או גזלן הוא · דחזקה דאין בני אדם עוברים על בל תגזול ולא תגנוב רק דמורי התירא וסוברים שאין הלאו אמור באופן זה אם יש לו ספק מלוה ישנה כנ"ל · ומשום זה לא יעיד שקר שחזקה שלא יעבור עבירה להעיד שקר · וכ"ת אמאי אמרינן בגמרא שם כי אמרינן הכופר בפקדון פסול לעדות כגון דאתו סהדי ואסהידו ביה דההיא שעתא איתא לפקדון בביתו · והוא ידע אי נמי דנקט ליה בידו עכ"ל הגמרא · ואמאי פסול לעדות דילמא יש לו על המפקיד ספק מלוה ישנה ומשום הכי כפריה בהפקדון · די"ל כיון דאתו סהדי וכו' הוה ליה לומר לב"ד שיש לו ספק מלוה ישנה על המפקיד משום הכי כפר הפקדון כיון דהדין כך ודין כך מוציאין בב"ד מידו הפקדון · כדי שלא יפסלנו לעדות ולשבועה ומדלא טוען הכי הרי מוכח דלא משום זה כפר בפקדון

משום

משום הכי פסול לעדות ולשבועה · ולפ"ז ניחא דברי הבעל תרומת הדשן כי היכא דכתבו שמשביעין אותו שבועת היסת אם טוען גנבת הרי מוכח מזה אע"ג דיש לכל אדם חזקת כשרות מ"מ לא אמרינן הכא דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן כי מורה התירא הוא משום שיש לו מלוה ישנה עליו ככ"ל משום זה הוכיח התרומת הדשן כי נקרא פושע במה שהניח לכנוס אדם בינוני לחפש אחר התרנגולת במקום שמונח הפקדון דאולי יש לו מלוה ישנה ויהיה מורה התירא לגנוב את הפקדון · אך נראה לי כיון דאמר אביי חיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו משמע דהוא רק חששא בעלמא מדלא אמר אביי שמא מלוה ישנה יש לו עליו דרחוק הדבר מאד לומר שיזדמן שילוה או שיפקיד אצל מי שיש לו מלוה ישנה כמובן :

לכן ר"ל דכי תלינן מחמת מלוה ישנה עושה זאת היינו דוקא היכא שהתובע טוען ברי לכן כדי שלא יהא חשוד הנתבע לגזול ממון חבירו אמרינן כן · וכן נמי בעובדא דתרומת הדשן דכיון דנגנב הפקדון בודאי א"כ איכא אדם שגנב משום שמא מלוה ישנה תלינן על האדם הזה שחפש את התרנגולת שהוא משום שמא מלוה ישנה יש לו עליו אבל היכא שאין טוען התובע טענת ברי אמרינן לאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן שזה חששא רחוקה לומר שיהיה מורה התירא לגנוב משום שמא מלוה ישנה יש לו עליו דאסור לעשות כן כדאמרינן בברכות (דף ה') אמרו ליה דאמרי אינשי בתר גנבי גנב וטעמא טעים · ולפ"ז ניחא דברי דאין הבעלים יכולים להוציא מיד השואל השני דאולי יכפור משום שמא יש לו עליו מלוה ישנה כיון שאינו טוען ברי שהוא גנב · אמרינן שבחזקת כשרות הוא · ולא יכפור משום שמא מלוה ישנה יש לו עליו · ולאחר שאמרתי זאת ראיתי להשיטה מקובצת לב"מ (דף י' ע"א) אביי אמר כו' שהקשה שם אמאי אמרינן הכופר בפקדון פסול לעדות · נימא דמשום הכי כפר ליה דמשום שמא מלוה ישנה יש לו עליו · ותירץ על זה בשם רמב"ן עיי"ש · זה לא נוכל לומר בדברי התרומת הדשן לפי מה שכתב אח"כ לחלק דיש חילוק בין בהתירא אתא לידיה בין באיסורא אתא לידיה עיי"ש ודו"ק כי קצרתי וגם התירוץ בשם תוס' והרא"ש ג"כ לא נוכל לומר שהתרומת הדשן יתרץ כן עיי"ש ודו"ק כי גם בזה קצרתי · אך הביא תירוץ בשם הרב רבינו יוסף הלוי אבן מיג"ש שכתב לתרץ דמה שאמר שלא יהא חשוד על שבועה משום שמא מלוה ישנה יש לו עליו היינו דוקא לשבועה אמר כן שמשום זה משביעין אותו אבל בודאי לענין כשרות ופסלות אם כופר בפקדון אף שיש לו מלוה ישנה מ"מ דינו כגזלן משום דנוטל בחזקה החפץ של חבירו אף שנותן דמים עבור זה · מ"מ מקרי גזלן · דחבירו רוצה יותר בהחפץ מהדמים · והביא ראיות לזה · אך לא יתפשט זה הגזלנות עד שיגיע לגדר שנאמר שמי שמורה בו היתר ג"כ יורה היתר לישבע על שקר ויהיה חשוד על השבועה לפי שלא יהיה חשוד על השבועה אלא מי שהוא חשוד ליקח ממון חבירו אבל מי שאינו לוקח אותו אלא בשכר אינו חשוד על השבועה · והביא ראיה לדבר זה תורף דבריו · ונוכל לומר שגם תרומת הדשן יתרץ הקושיא כמו שמתרץ הרב רבינו יוסף אבן מיג"ש · ולפ"ז מביא התרומת הדשן ראיה אם טוען גנבת מזה מוכח דאף אם חשוד על הגניבה אפילו הכי לא נשבע לשקר דתלינן דמה שגנב הוא משום שמלוה ישנה יש לו עליו אף שלענין כשרות או פסלות דינו כגנב גמור כמ"ש הרב רבינו יוסף אבן מיג"ש · מ"מ אינו חשוד לישבע על שקר כמו שמבואר לעיל הטעם בשמו משום זה כתב הבעל תרומת הדשן דפשע מה שהניח לאדם בינוני לחפש את התרנגולת במקום שהפקדון שם מונח · דשם המעשה שהפקדון היה מאתים זהובים ובמעות בודאי נוכל לומר שהיה מורה התירא לגנוב אותם משום שמא מלוה ישנה יש לו עליו דבמעות לא שייך סברת הרב רבינו יוסף אבן מיג"ש ז"ל דבעל הבית יותר רוצה בהחפץ ולא במעות כמו שכתבתי לעיל כמובן · וגם כל הראיות שהביא הרב רבינו יוסף אבן מיג"ש לסברתו לא שייך רק בפקדון מטלטלים או כדומה לזה אבל לא שייך הראיות במעות פקדון · וכן כתב בחידושי הר"ן שם ד"ה אמר אביי כו' אבל והאי מה דאית ליה זוזי גבי חבריה ונקט מיניה משכון או פקדון לא מצי לעכובי בתוכו ושיהיה שלו דמאן שם ליה וכדאמרינן בפרק אלמנה ניזונת גבי ההיא כשתא דיתמי מאן שם לך אלא אמר לוה למלתא כלורתא בבי דינא וטען על ההוא פקדונא כל מה דאית ליה גבי ומסימן בשבועה עד כדי דמיו · אבל במלוה ולוה יכול הוא לתפוס מה שיש לחבריה בידיה כנגד חובו ולומר בב"ד שאינו חייב לו כלום דשובנא בעלמא קך כתב רבינו האי בתשובה עכ"ל · ולפ"ז ניחא גם דברינו דאין יכולים הבעלים להוציא מיד השואל השני דאולי גנב הוא דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן · ואף אם אולי יש להשואל השני מלוה ישנה על הבעלים מ"מ לא יכפור הבהמה או החפץ השאולה לו · דאם יכפור הוי דינו כגזלן גמור ופסול לעדות כדכתב הרב רבינו יוסף אבן מיג"ש והביא ראיות לזה :

גם ר"ל להביא ראיה מהא דאיתא בב"ב במשנה (דף קל"ו ע"א) הכותב נכסיו וכו' הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו האב אינו יכול למכור מפני שהן כתובין לבן והבן אינו יכול למכור מפני שהן ברשות של אב מכר האב מכורין עד שימות מכר הבן אין ללוקח בה כלום עד שימות האב עכ"ל המשנה: ואם נימא דיכולים הבעלים להוציא מיד השואל השני דאין השואל הראשון שיש לו זכות בהחפץ השאולה לפירותיה יכול ליתן את הזכות הזה לאחר אמאי מכר האב מכורין עד שימות הא אין לאב רק פירות בעלמא עיין בסוף פרק השולח ובב"ק (דף פ"ה ע"ב) הא אין יכול למכור הפירות שיש לאב בהנכסים לאחר הא דפסקו בש"ע סימן שט"ז דיכול להשכיר בית השכורה לו לאחר עיין בסמ"ע שם היינו דוקא בבית אבל בשדה אינו יכול לשכור לאחר השדה השכורה לו משום שמא יכחישנה עיי"ש בסמ"ע ס"ק א' ואף להאחרונים שחלקו על דברי הסמ"ע נ"ל שטעמם משום דלא קיי"ל כאביי דאמר בכתובות (דף פ') דחיישינן שמא תכסיף וקיי"ל כרבא דלא חייש לזה עיין בח"מ בסימן פ"ה סעיף י"ז עיי"ש בחלקת מחוקק ובבית שמואל ובביאורי הגר"א · משום הכי ס"ל דגם בשדה השכורה יכול להשכיר לאחר אפילו לאביי דחייש שמא תכסיף הכא ניחא אליביה המשנה דאם מכר האב מכורין עד שימות · דלא נוכל לומר הא דיכול האב למכור דמיירי בארעא דקרוב לאתא דיכול הבן לראות שלא יכחיש את השדה זה דוחק דמתניתין סתמא קתני · וגם לא נוכל לימר דמה שאמרינן במתניתין דאם מכר האב מכורין עד שימות מיירי דיכול למכור האב הפירות של השדה אבל השדה אינו יכול למכור לפירותיה דהא הפירות דבר שלא בא לעולם הוא קודם שיגדלו והיאך יכול למכור הפירות · וכ"ת דמתניתין משמיענו דיכול למכור את הפירות שכבר גדלו לא נוכל לומר כן · חדא דזה פשיטא שיכול למכור הפירות שכבר נגדלו · שנית איך יפול עליו הלשון דמכורין עד שימות דממה נפשך הפירות שכבר גדלו המה מכורים לעולם והפירות שלא גדלו אינם מכורים כלל ובמאי איכא מכירה עד שימות והוה ליה למתני האב יכול למכור עד שימות ואמאי נקט דמכורין · דמכורין משמע דחל המכירה אבל לא לעולם אלא עד שימות · שלישית לפי מאי דאמרינן בב"ב (דף ס"ב ע"א) אי אמר ליה נכסי אפילו בתו ועבדו (פירוש דלשון נכסי כולל אפילו בתו ועבדו ואם מכר לו בלשון נכסי הרי המה מכורים ע"כ) · ובמשנה איתא הכותב נכסיו דעבדים ג"כ נכללו בכלל הלשון דנכסיו ובזה בודאי שייך לומר דהלוקח יכול להבריחם · ואי אמרינן דהבעלים יכולים להוציא מיד השואל השני ה"נ האיך נקט המשנה דמכורין עד שימות הא הבן יכול להוציא · דיכול לומר אולי יבריח הלוקח את העבד · ולפ"ז יש ראיה ממתניתין אף לרבא דלא חייש שמא תכסיף · וביותר יש ראיה לפי מה שכתבו התוספות שם בד"ה והי אמר ליה וכו' ואע"ג דאמר במי שמתו (דף קנ"א) כל נכסיו לפלוני גלימא איקרי נכסי וכו' · ועוד יש לומר דהתם מיירי במתנה דבעין יפה נותן · והכא במכר עכ"ל · ולפ"ז במתניתין דהכותב נכסיו לבנו לאחר

מיתה

מיתה דמיירי שם ג"כ שכתב בלשון נכסים כמו שאיתא ברא"ש המשנה אפילו מטלטלים בכלל · לפ"ז בודאי יש ראיה לדברינו דאין הבעלים יכולים להוציא מיד השואל השני ועיין בח"מ סימן ר"ח ורמ"ח :

ולפי מה שכתבנו דאין הבעלים יכולים להוציא מיד השואל השני נתיישב הקושיא מאי דקשיא לן באות א' ובאות ב' · דפריך רב אידי בר אבין לאביי · דאף אם תאמר דלא נשתעבד נכסי דשומר עד שיארע אונס כליסנא בתרא דרבא בהגוזל בתרא (דף קי"ב ע"א) ועיין בח"מ סימן שמ"א סעיף ד' · מ"מ היינו דווקא היכא שהפרה היא ביד השומר · אבל כששומר מסר לשומר אחר לא מבעיא אליבא דאביי דס"ל דאין רצוני וכו' ואף בדיעבד סובר בודאי דבשעה שמסר לשומר אחר נשתעבד נכסי הראשון בכל האונסין שיארע בבית השומר השני כמו שכתבו התוספות בב"מ (דף ל"ו) ד"ה אין אלא וכו' וכו' שאם יבנה בדעתו כגון שימסרנה לאחר שיהיה כאילו פשע בה עכ"ל · וכיון שכתבו דלאביי הוי פשיעה מה שמסר לשומר אחר בודאי נשתעבד נכסיו מעת של פשיעה · ואפילו לרב ולרבא דס"ל שם דלא מחשב פשיעה מה שמסר לשומר אחר · מ"מ נ"ל דהא דאמרינן בליסנא בתרא בהגוזל בתרא הנ"ל דלא נשתעבד נכסיו רק משעת אונסין דהיינו דווקא כשהבהמה אצל השומר כדכתב השיטה מקובצת לב"מ (דף ל"ז ע"ב) בד"ה שמעת מינה מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב כו' ובאותו הדיבור מתחיל והרמב"ם ז"ל וכו' דאף למ"ד דשואל מחייב בשעת משיכה לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר דהא ודאי כל כמה שהיא בחיים כל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא · וליכא להשואל שום חיוב אלא לומר דלכי נגנבה או נאנסה ואיתא חיובא עליה משתעבדו נכסיה למפרע משעת משיכה · ונפקא מינה למי שמכר נכסיו בנתיים עכ"ל · ולפי דבריו בודאי היינו טעמא דליסנא בתרא דרבא דס"ל דמשתעבד נכסיה משעת אונסין · דכל מה שהיא בחיים כל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא וליכא להשואל שום חיוב לכן ס"ל דלא אשתעבד נכסיה רק משעת אונסין (עיין בש"ך בחו"מ סימן רל"א ס"ק מ"ד שכתב ג"כ מעין הסברא שכתב השיטה מקובצת) · ולפ"ז היינו דוקא היכא שהפרה היא ברשות השומר · אבל כשמסרו לשומר אחר · לא נוכל לומר דכל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא כיון שאינו ברשות השומר שמסר הבעל הבית אצלו · ואולי יבריחם השומר השני לאחד משבועות השומרים שנשבע שאינה ברשותו שמא עינו נתן בה כידוע · ולפ"ז נשתעבד נכסי השומר הראשון בעת שמסרה להשומר אחר · וכיון דאשתעבד נכסי השומר הראשון בעת שמסר לשומר אחר בין לאביי בין לרבא דב"מ (דף ל"ו) ובין לליסנא בתרא דהגוזל בתרא והשומר הראשון יש לו שיעבוד נכסים על השומר השני · נכסי השומר השני משתעבדו גם לבעל הבית מדרבי נתן [ומה שכתב הקצות החושן בסימן ש"ו ס"ק ד' דגבי שומר לא שייך שיעבודא דרבי נתן לחולק על המהרש"ל · לפי דברינו דלקמן דברי המהרש"ל נכונים בזה · דשייך שיעבודא דרבי נתן גבי אם השוכר השאילה לאחר דזה מיקרי פשיעה קצת עיין בדברינו שם וגם מה שאכתוב עוד לקמן דגם שומרים נתחייבו בהשבה כמו גנב וגזלן · ולפ"ז אינו מובן לי כל הדברים שכתב שם ודו"ק · ומשם תדרשנו] · ואם נאמר דלא נשתעבדו נכסי לשומר הראשון בעת שמסר השומר הראשון להשני · ליכא שיעבוד דרבי נתן כלל · דהא הבעל הבית הוי כטוען אבל השומר שאינו יודע אם נתחייבת לי · דהא קודם שמתה הבהמה ליכא שום שיעבוד כלל על השומר הראשון ועל השומר השני ובעת שמתה הבעה"ב אינו טוען שבפשיעה מתה רק טוען שמא ואולי בפשיעה מתה ונשתעבד נכסך אבל השומר הראשון · וזה דומה ממש לטוען איני יודע אם נתחייבת לי שפטור אף שהנתבע ג"כ טוען איני יודע ומכל שכן שהנתבע טוען ברי שאיני חייב לך · והכא שומר השני טוען בברי שמתה מחמת אונס · ולפי הנראה הוי כטוען ברי שלא נשתעבד נכסי לך ואף אם תאמר שהברי של השומר השני לא מחשב כטענת ברי משום דאמר ליה אנכי לא האמינך כדאמרינן בשוגין

ועיין בכתובות (דף ע"ו ע"א) רב אשי אמר וכו' וב"ב (דף קל"ה ע"א) אמר רבא זאת אומרת וכו' אביי אמר וכו' · מ"מ לא גרע מטענת שמא דפטור אם התובע טוען ג"כ טענת שמא גבי חיוב · וכי תימא הא השומר הראשון מחויב לשמור את הפרה והשומר השני ג"כ נתחייב לשמור את הפרה · ולפ"ז מחויב השומר השני לשומרה לבעה"ב מחמת שיעבודא דרבי נתן והוי השומר השני כאילו הוא שומר של בעל הבית · זה אינו דבשלמא אם הפרה היתה קיימת וטוען שיחזיר לו הפרה בודאי לא יכול השומר השני לומר לבעל הבית לאו בעל דברים דידי את דמחמת שיעבודא דרבי נתן הוי כשומר שלו · אבל הכא דמתה הפרה וטוען הבעה"ב שישלם לו השומר השני על זה ליכא שיעבודא דרבי נתן דבין נכסי שומר הראשון ובין נכסי השומר השני לא נשתעבדו עד שעת אונסין : אבל לפי מה שכתבתי דנכסי השומר הראשון נשתעבדו בעת שמסר להשומר השני · ולפ"ז תיכף כשמתה הבהמה אצל השומר השני תיכף נשתעבדו נכסי השומר השני לבעל הבית מדר' נתן דבעל הבית אומר להשומר הראשון דל אנת ודל שבועתך וכו' · וכיון דלא נשבע השומר הראשון אכתי יש שיעבוד לבעל הבית על נכסי השומר הראשון · ומה שירצה השומר הראשון לפטור א"ע שלא יהיה משועבד נכסיו לו על ידי שבועה אין מניחו הבעל הבית לישבע · וכיון שאכתי שיעבודו קיים על השומר הראשון לכן משתעבדי נכסי השומר השני לבעה"ב מדר' נתן · והכי פריך רב אידי דל אנת ודל שבועתך וכו' · לא מיבעיא לאביי דודאי איכא שיעבודא אלא אף לרבא דס"ל דלא מיקרי פושע מה שמסר לשומר אחר (עיין ברא"ש בפירקין בסימן ו') ובין לרב דס"ל שומר שמסר לשומר פטור · סובר בודאי דלא מיקרי פשיעה מה שמסר לשומר אחר · מ"מ נשתעבדו נכסי השומר הראשון בעת שמסר לשומר אחר · לא מיבעיא לפי שיטת הרמב"ן וסייעתו שהביא הש"ך בסימן רל"א ס"ק מ"ד דאף שומר שמסר לאשתו ובניו או למי שרגילים הבעלים להפקיד אצלו · אם אין השני רוצה לישבע או שהלך למדינת הים הראשון חייב ולא מצי למימר שמא באונס מתה ופטור אני · וביאר הש"ך את דבריו שם דהוי כמו איני יודע אם פרעתיך אם אינו יודע בבירור שמתה כדרכה בודאי נשתעבדו נכסי השומר הראשון בעת שמסר לשומר אחר · אף לרב דס"ל דאינו מיקרי פשיעה מה שמסרה לאחר · דהא גם הכא בדברי הרמב"ן ג"כ אין השומר הראשון פשע דהא מסר לאשתו ובניו או למי שרגילים הבעלים להפקיד אצלו ואפילו הכי ס"ל דהוי ליה כאיני יודע אם פרעתיך · ואם נאמר דלא נשתעבדו נכסי השומר הראשון בעת שמסרה לאחר אמאי הוי כאיני יודע אם פרעתיך · הא לא נשתעבדו נכסיו עד שיארע אונס · אלא ודאי דס"ל להש"ך דהשומר מחויב בחזרה כמו גנב וגזלן דמחויבים להחזיר לבעלים ה"נ מחויב השומר בהשבה דלא כמו שכתב הקצה"ח בכמה דוכתי ואחד מהן בסימן ש"מ ס"ק ד' דשומר אינו מחויב בהשבה אלא כל אחד היכא דאיתא ברשות בעלים הוא והבעלים מחזירין על שלהם אף שהביא ראיות לזה לפי דעתי הראיות שלו אינו מובן לי · ואדרבה יש לנו ראיות להיפך דהשומר מחויב ג"כ בהשבה כדאכתוב אי"ה לקמן באר היטיב ומשם תדרשנו לשובה · ולפ"ז אף לליסנא בתרא דרבא ולהפוסקים דפסקו כוותיה דלא נשתעבדו נכסים עד שיארע אונס · מ"מ להא ודאי נשתעבדו נכסי השומר שמחויב להשיב לבעלים · לכן אם אין השומר יודע אם מתה בפשיעה או לא הוי כאיני יודע אם פרעתיך דאם לא תאמר כן אין פירוש בדברי הש"ך כמובן · ולפענ"ד נראה לי דאף הרמב"ן וסייעתו מודים היכא דהשומר אינו יודע אם מתה בפשיעה או לא פטור · אך בזה פליגא על הרשב"א וסייעתו היכא דמסר לשומר אחר אף דרגילים הבעלים להפקיד אצלו מ"מ מיקרי פשיעה קצת דהתורה מחייבה השומר לשבע כל חד וחד לפי דינו וכשמסר לשומר אחר ביטל את דינו לפי מה שכתוב בתורה · דמן השמים לא יוכל לידע איך נאבדה אצל השומר השני אם בפשיעה או לא · והוי קצת פשיעה ונשתעבדו תיכף נכסיו אם יאבד בבית השומר השני וביותר מה שכתב הקצות

ההוסן דבקלת פשיעה נשתעבדו נכסי תיכף אף דמחמת קלת הפשיעה אינו חייב דאין זה פשיעה המחייבין · מ"מ נשתעבדו נכסיו · אך הוא כתב על ענין אחר עיי"ש בסימן ש"מ ס"ק ד' והביא ראיה לזה מהשיטה מקובלת לכתובות (דף ל"ד) שהביא שם בשם שיטת הרמב"ן והנימוקי יוסף דהא דקאמר רב פפא דאין היבין עד שעת האונס לאו שעת האונס ממש קאמר דא"כ היכא מחייב הכא אלא משעת פשיעת האונס עכ"ל הרמב"ן · ולפ"ז נשתעבדו נכסיו של השומר הראשון תיכף כשמסר לשני · ומשום זה אם השומר הראשון אינו יודע אם נאבדה או לא חייב דהוי כמו איני יודע אם פרעתיך · ואף דלא בא האונס מצד הפשיעה הזה · מ"מ חייב כמו שכתב הבעל ישועות יעקב בסימן רנ"א סעיף כ"ו דאם פשע מתחילה אם אח"כ אינו יודע איך נאבדה אם בפשיעה או לא חייב כאיני יודע אם פרעתיך אף אם נעשה האונס שלא מחמת הפשיעה עיי"ש שכן מבואר בהדיא רק באופן אחר ובשיגגון אחר · וכי תימא דלא מיקרי פושע קלת מה שמסר למי שהבעלים רגילים להפקיד אללו דלא ביטל את השבועה של השומרים הכתובה בתורה דהא השומר השני יכול לשבע · זה אינו דאולי לא ירלה השומר השני לשבע או כדומה לזה לכן מיקרי פשיעה קלת · (ועיין בסמ"ע בסימן ל"ב ס"ק ל"ו וברב המגיד פרק ה' מהלכה שאלה ובש"ך סימן ע"ב ס"ק כ"ח במה שכתבו אם עירב השומר עם פירותיו ויהיה ראיה לדברי ודו"ק): וא"כ אם השומר לא מסר לשומר אחר ואינו יודע איך נאבדה בזה לא פליגי הרמב"ן וסייעתו והרשב"א וסייעתו דס"ל דפטור · כי כל מה שנוכל למעט במחלוקת עבדינן · ואין לי הספרים ה"י שאעיין בזה הענין היטיב · ולפ"ז כששוכר השאילה לאחר מיקרי פשיעה קלת ונשתעבדו נכסיו תיכף בעת שהשאילה רק השוכר יכול לפטור א"ע בהשבועה שלו לכן פריך הגמרא דל אנת ודל שבועתך · נמלא דהוי כטוען איני יודע אם פרעתיך דהלא משתעינא דינא בהדי שואל דהשואל שומר שלי ולא אתה דמשתעבדי נכסי השומר השני מדרבי נתן · ואף לדעת הרשב"א וסייעתו דס"ל דאם מסר למי שהבעלים וכו' ואינו יודע איך נאבדה דפטור · מ"מ היינו דוקא התם · אבל הכא דהשוכר השאילה לאחר ואין הבעלים רגילים וכו' זה מיקרי פושע קלת דעבר על מה שאמרו חכמים דאין השואל רשאי להשאיל וכו' וכעין זה כתבו הקלות החושן והבעל ישועות יעקב · ולפ"ז פריך הגמרא כמו שכתבתי · ובזה נתיישב הקושיא הראשונה כמובן · והשיב ליה אביי אמר ליה מי סברת שוכר בשבועה הוא דקא קני ליה משעת מיתה הוא דקני ושבועה וכו' · ולכאורה נריכין להבין מאי קאמר משעת מיתה הוא דקא קני אימת קני לה אם נימא דרגע אחת קודם למיתתה קנה לה הא לא עשה בה השוכר שום קנין דהא היתה הפרה אצל השואל בשעת מיתה וגם המשכיר לא דיבר עם השוכר מאומה שמקנה לו את הפרה · אלא ודאי דבשעה ששכר אותה הקנה לו המשכיר מעכשיו דאם תמות הפרה יהיה של השוכר מעכשיו בשעה שמשכה אותה לקנין השכירות או בשעה שנתן כסף השכירות · אך בזה אם הקנה המשכיר להשוכר הפרה כשתמות במשיכה בזה בעינן שיקנה מעכשיו הפרה דאם לא כן הוי כאומר לו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום דלא קנה במשיכה דכבר פסקה משיכתה כדאיתא בכתובות (דף פ"ב) אמר רבי יוחנן האומר וכו' ועיי"ש בתוספות ד"ה הא דאמר מעכשיו וכו' וכשקנה בכסף לא בעינן שתהא קנויה לו מעכשיו בעת ששכרה רק רגע אחת קודם למיתתה קנה בכסף לפי מה שכתבו התוספות ביבמות (דף נ"ג) ד"ה קנויה לך והביאו ראיה מקדושין (דף נ"ט) דרב ושמואל דאמרי תרווייהו מקודשת אע"פ שנתאכלו וכו' עיי"ש: וכ"ת הא עקרו חכמים קנין כסף · זה אינו דדמיא לשכירות מטלטלין שמבואר בח"מ סימן קצ"ה סעיף ו' יש אומרים דשכירות המטלטלים נקנה בכסף דליכא למיחש שמא יאמר לו נשרפו חיטך בעליה כיון שהגוף שלו ערה ומליל · וה"נ פרה המושכר ומליג הבהמה דכיון אם תהיה קיימת יהיה הבהמה שלו : ועיין עוד שם ברמ"א בסעיף ה' · ויש אומרים דאם היה המטלטלים במקום דליכא למיחש לדליקה נקנה במעות · וה"נ ליכא למיחש לדליקה כנ"ל · יהיה איך שיהיה עכ"פ מוכרחים אנו לומר דבשעה שקנה השוכר להפרה שיהיה בשורה אללו אז הקנה ליה אם במשיכה אמר לו שתהא קנויה מעכשיו אם תמות ואם הקנין השכירות היה בכסף באופן זה שכר מאתו שאם תמות יקנה בכסף השכירות שיהיה של השוכר לגמרי קודם מיתתה · אף שהתנאי דבר שלא בא לעולם הוא מ"מ חל הקנין (עיין בחו"מ סימן ר"ע סעיף א' ברמ"א ועיי"ש בביאורי הגר"א בס"ק כ"ט שהביא כמה ראיות מהגמרא לזה וכבר כתבתי מזה בפרקים הקודמים) · וכ"ת מפני מה נאמר כן שהקנה המשכיר הפרה להשוכר אם תמות : די"ל כיון דדין של השוכר דאם מתה הבהמה פטור השוכר מלשלם דהוי כמכורה אללו כדאמרינן בב"מ (דף נ"ו ע"ב) והאי נמי ביומיה מכירה היא (פירוש דשכירות הוי כמכירה ע"כ) ואף לפי שיטת הפוסקים דסוברים דשכירות ליומיה לאו ממכר הוא עיי"ש בתוספות · מ"מ לריכין אנו לומר דמה שפטור כשמתה הבהמה דהוי כאילו התנה עם המשכיר שאם תמות הבהמה יהיה פטור מלשלם ובעבור זה נתן לו דמי השכירות : מה שאין כן בשואל · לפ"ז אם השוכר השאיל לאחר · אם נאמר דהשואל לריך לשלם להמשכיר משום דא"ל דל אנת ודל שבועתך וכו' נמלא לפי הפוסקים דס"ל דשכירות הוי כמכירה ומשום זה פטור השוכר לשלם אם מתה · מאי מכר לו המשכיר להשוכר אם השאיל לאחר אם נאמר דהשואל לריך לשלם להמשכיר : וכ"ת דכיון שהשאיל לאחר ביטל את השכירות כמו שכתב הבעל מחנה אפרים בהלכת שכירות דין ג' דהוי כמו שהותנה בעת השכירות שאם ישאילנה יהיה בטלה השכירות · דהא כבר כתבתי בפרקים הקודמים · דלא ביטל השכירות מה שהשאיל לאחר · דאם לא כן למה אמרינן בגמרא שם דאם שאלו הבעלים מאת השוכר משלם כמה פרות להשוכר אם מתה הלא כבר ביטל השכירות כשהשאילה אותה להבעלים · ובזה לא פליגי ת"ק עם ר' יוסי אם ביטל השכירות כשהשאילה אותה או לא מדכתבו הראשונים טעם אחר במאי דפליגי ת"ק ור' יוסי עיי"ש · וכבר כתבתי מזה בפרקים הקודמים : ואם נאמר דהשואל לריך לשלם להמשכיר מאי מכר לו המשכיר להשוכר הא השכירות לא בטלה כשהשאילה · ולהפוסקים דס"ל דשכירות לא הוי כמכירה מ"מ הא כבר כתבתי דהוי כמו שהתנה השוכר עם המשכיר שיהיה פטור מלשלם אם תמות ובעבור זה נתן לו דמי השכירות על מנת שיפטר מלשלם · ואם נאמר דלריך לשלם השואל להמשכיר מה מועיל התנאי ודמי השכירות שנתן עבור זה שיהיה פטור מלשלם אם תמות כיון דהשכירות לא בטלו אף אם השאילו לאחר · לכן ס"ל להת"ק דהשוכר קנה לה להפרה כשתמות בבית השואל אם הקנין היתה במשיכה הוי כאילו היה קנין מעכשיו בעת ששכרה לאחר ואם הקנין היה בכסף קנה לה קודם מיתתה · ואף כשלא נתנו הבעלים רשות להשוכר להשאילה מ"מ אם השאילה לאחר קנה לה השוכר משעת מיתה · ואף לרב דס"ל שומר שמסר לשומר דפטור ואליביה לא לריכין לאוקמי מתניתין כשנתנו לו רשות להשאיל וכן מוכח מגמרא דלקמן דאיתא התם אותביה אחר שאמר אביי דטעמא דשומר שמסר לשומר דחייב משום דאין רלוני וכו' אותביה רבי אבא בר ממל לרבי אמי השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל משלם לשוכר ואם איתא לימא ליה אין רלוני שיהא פקדוני ביד אחר א"ל הכא במאי עסקינן שנתנו לו רשות הבעלים להשאיל וכו' · ולפ"ז מוכח דלאביי אליבא דרב לא לריכין לאוקמי המתניתין שנתנו לו הבעלים רשות להשאיל · דאם לא כן מאי פריך הגמרא לפי טעמא דאביי לר' יוחנן דאמר שומר שמסר לשומר דחייב הא גם אליבא דרב דס"ל דשומר שמסר לשומר דפטור נ"כ לריכין לאוקמי המתניתין שנתנו לו הבעלים רשות להשאיל · דאל"כ ישאר קושיות רב אידי לימא ליה דל אנת ודל שבועתך וכו' · אלא ודאי דאליבא דרב אין לריכין לאוקמי שנתנו לו הבעלים רשות להשאיל · ואפילו הכי שייך התירוץ דאביי מה שהשיב ליה רב אידי דמשעת מיתה הוא דקא קני לה · ולפ"ז מוכרחים אנו לומר

דלאביי

דלאביי אף שהשוכר אין רשאי להשאיל מ"מ נתן דמי השכירות שיפטר מלשלם אם תמות או אם יעבור השוכר וישאילנה לאחר משום זה קנה לה בשעת מיתה כדכתבתי לעיל דאם לא כן מאי מועיל דמי השכירות שנתן גם עבור זה דאם לא תאמר כן אין אלו אלא דברי נביאות מה שאמר אביי דמשעת מיתה הוא דקא קני לה · ומרבא יותר מוכח זה דאיתא התם (בדף ל"ו) אמר ליה אביי לרבא לדידך דאמרת מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם הא דאותביה רבי אבא בר ממל לרבי אמי ושני ליה שנתנו לו בעלים רשות להשאיל ולימא ליה מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם א"ל לדידכו דמתניתו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר איכא לאותביה לשניא · לדידי דאמינא אנא מהימנת לי בשבועה והאיך לא מיהמן לי בשבועה ליכא לאותביה כלל · הרי מבואר בהדיא דלדידיה אין אנו צריכין לאוקמי מתניתין שנתנו לו רשות להשאיל וא"כ צריכין אנו לומר אליביה כדכתבתי אליבא דאביי ואליביה דרב דס"ל דשומר שמסר לשומר דפטור · לפ"ז מוכח דאם עבר השוכר והשאילה לאחר אין יכולין הבעלין להוציא מיד השואל השני כיון דגם ע"ז נתן דמי השכירות והוי כאילו פירש שאם יעבור וישאילנה הרי קנויה לך בשעת מיתה וכעין זה כתבו התוספות (בדף ל"ו) ד"ה אין וכו' דהטעם דחשיב כאילו פירש וכו' עכ"ל · וכן כתב הבעל מחנה אפרים בהל' שכירות סימן י"ט בשם בעל העיטור דאם עבר השואל והשאיל לאחר אין הבעלים יכולים להוציא מיד השני וביאר שם הבעל מחנה אפרים דהטעם הוא דאין רצוני וכו' לאו קפידא גמורה הוא כדי להוציא מיד השני כדמוכח מפרק האומנין (דף ע"ח ע"ב) גבי נתן לעני כדי שיקח בו טלית דאע"ג דלכתחילה לא מצי לשנות אפי"ה אם עבר ועשה לא הוי גזל בידו דלא קיי"ל כר"מ דאמר כל המעביר על דעתו של בעל הבית נקרא גזלן והרי"ף ז"ל כתב בפרק המפקיד דהא דאין השוכר רשאי להשכיר היינו אלא לכתחילה דלא קיי"ל כר"מ עכ"ד · ולדידיה יותר ניחא הא דאמר אביי דמשעת מיתה הוא דקא קני לה אף אם עבר השוכר והשאילה לאחר דגם ע"ז נתן דמי השכירות כדכתבתי כיון דלאו קפידא גמורה הוא מה שאין רשאי להשאיל: אך מ"מ אינו מתורץ הקושיא של רב אידי דפריך דל אנת ודל שבועתך וכו' · דכיון דלא נשבע השוכר הוי כאיני יודע אם פרעתיך לפי מה שכתבתי לעיל · כשטוען השומר איני יודע איך נאבדה אם בפשיעה או לא · אף דהכא טוען השוכר ברי שמתה כדרכה מ"מ כיון דצריך לשבע שבועת התורה ולהבעלים יש רשות לומר לו שאינו מניחו לשבע מצד הדין דפריך רב אידי · לפ"ז הוי כמו שאינו יכול לשבע והרי שלו אינו מעלה ולא מוריד כיון שאינו נשבע והוי כטוען איני יודע · ולפ"ז צריך השואל לשלם להבעלים: אמרתי ליישב זאת דמה שאיתא במשנה שהשוכר נשבע הוא רק מדרבנן דאף שכתוב בתורה שצריך השוכר לשבע · שאני התם דהתם לא קנה השוכר קודם מיתתה משום הכי חייבתה התורה לישבע כיון דטוען המשכיר שבודאי מסר לו פרה ואינו יודע מפני מה אינו מחזירה לו · מה שאין כן הכא כשהשוכר השאילה לאחר או צריכין אנו לומר שהפרה קנויה להשוכר קודם מיתתה דאל"כ מאי מועיל השכירות ולמה צריך לשבע הא כתבו התוס' בפרק השואל (דף צ"ז) דמשום הכי איתא במשנה כשהשואל את הפרה שאלה חצי יום ושכרה חצי יום שאלה היום ושכרה למחר שכר אחת ושאל אחת ומתה המשאיל אומר שאולה מתה ביום שהיתה שאולה · מתה בשעה שהיתה שאולה מתה והלה אומר איני יודע חייב · השוכר אומר שכורה מתה ביום שהיתה שכורה מתה בשעה שהיתה שכורה מתה והלה אומר איני יודע פטור · וכתבו התוספות דמאי טעמא דפטור דאף על גב דבכל שבועות השומרים המפקיד משביעו מספק שהוא אינו יודע אם נאנסה · הכא שאין יודע אם מתה השאולה אין משביעו מספק דהוי כאילו אומר המשאיל ספק לי אם השאלתיך אם לאו בעל אותה טענה אין השואל חייב לישבע עכ"ל · וא"כ כיון דמשעת מיתה הוא דקא קני לה השוכר להפרה אם מתה כדרכה אצל השואל בשעה שבשכרה אם הקנין היה בשכירה כמו שכתבתי לעיל · והבעלים אינם יודעים להכחיש להשוכר דאולי כדבריו כן הוא · א"כ הוי כטוען איני יודע אם השאלתיך וכהאי גוונא כתבו התוספות שם בד"ה והלה אומר וכו' כיון שמחזיר אחת הוי כאילו אומר איני יודע אם השאלתני אם לא עכ"ל · ומכל שכן הכא שהשוכר טוען ברי שהפרה מתה כדרכה · ולפ"ז היתה קנויה לו הפרה בעת שמתה · הוי כטוען ברי שלא שכרתיה מעולם כלל ואין צריך לשבע שבועת התורה · (עיין בחו"מ סימן רנ"ו סעיף ד' ובסוף סימן רנ"ז ובריש סימן ש' ותמצא שם ראיה לדברי) · ואסביר לך יותר דאם היתה הקנין של השכירות במשיכה כדכתבתי לעיל דצריכין לומר דקנה הפרה מעכשיו אם תמות ביד השואל · לפ"ז ודאי דומה לזה דמחולקים המה שבעל הבית והשוכר בעיקר הבהמה השכורה שהבעל הבית אומר שהיא אצלו בשכירות והשומר טוען שמתה כדרכה · ולפ"ז לא היתה הבהמה מעולם אצלו בשכירות כלל רק היתה קנויה ליה מעיקרא תיכף כשבא לידו הפרה כיון דמתה כדרכה · ואף אם הקנין היה בכסף דבזה נוכל לומר דהא דאמרינן משעת מיתה הוא דקא קני לה וכו' דרגע אחת קודם שתמות ביד שואל נקנה לו הבהמה שיהיה שייך להשוכר לגמרי · מ"מ כיון דכלתה שמירתו של השוכר רגע אחת קודם שתמות הבהמה ביד השואל השני ונקנה להשוכר לגמרי · א"כ ברגע הזה התחיל הסיכסוך בין הבעל הבית ובין השוכר שהבעה"ב יאמר שהבהמה בשכירות אצלו והשוכר יאמר שהיא קנויה אצלו כיון שמתה כדרכה ביד השואל · והתורה לא חייבתה שומר לישבע רק כשאירע כל אחד ואחד לפי דינו הגנבה והאבידה או האונס בעת שהבהמה היא בתורת שמירה אצל השומר אבל היכא כשאירע הגניבה והאבידה ביד השומר שכר או אצל השוכר או האונס אם מתה מחמת מלאכה אצל השואל בעת שנוכל לומר שהיא אינה בתורת שמירה שהפך או הפרה אצל השומר כגון הכא אם מתה כדרכה ביד השואל אז היא קנויה לגמרי הפרה להשוכר בעת שמתה · ע"ז לא חייבתו התורה לישבע כל אחד ואחד לפי דינו · ודומה למה שכתב התוספות הנ"ל · ולא שמבואר בח"מ בסימן רנ"ו ובסוף סימן רנ"ז ובריש סימן ש':

וראיתי לבשיטה מקובצת בב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה שוכר וכו' וזה לשון הרא"ב"ד · זה אומר שאולה מתה וזה אומר שכורה ישבע השוכר שמתה השכורה דקתני השוכר אומר שכורה מתה והלה אומר איני יודע פטור ויש מאן שאלה למה לא ישבע אע"פ שהתובע שמא והלה ברי כל שבועת השומרים הביעת שמא הוא ותשובת השאלה שאע"פ שכל שבועת השומרים מטענת שמא הוא אינה דומה לזה השמא כי השומר יודע האמת ובעל הבהמה לא יוכל לדעת ויכול זה לכפור במה שבידו ולא יתחייב ממנו לפיכך חייבתו התורה שבועה כדי שלא יכפור בו ויפסיד ממונו של זה והתורה עשאתו כברי ומשביעין אותו ומגלגלין עליו את השבועה ועל כיוצא בה ואע"פ שהוא שמא על שמא · וכן שבועת השותפין והאפיטרופין כיון שראו חכמים שמורה אגבייה הטילו עליו שבועה בטענת שמא · והוא כעין שבועת השומרים שזה יודע וזה לא יוכל לדעת ויכול לרמותו תמיד ועשאוה כטענת כדי להשביעו ולגלגל השבועה ולכיוצא בה כאשר אמרנו דכל טענה שהיא בת שבועה היא בת גילגול לגלגל עליה ולגלגלה על כיוצא בה · והאמור במשנתנו אינו דומה לזה כי שניהם יכולין לדעת האמת ואם יכזב האחד השני יכול להכחישו ואין אדם מעיז פניו וכו' הילכך אין ההפסד מצוי בו כמו שמצוי בשומר ובשותפין עכ"ל · וזאת הסברא אינו שייך הכא כשמתה ביד השואל השני · דיכול לברר ע"פ השואל איך מתה אם בפשיעה או לא כי השואל אין נוגע בדבר כלל כי הוא משלם פרה ומה איכפת ליה אם ישלם להשוכר או לבעל הבית · ואם ישטון השומר דבר שאינו אמת יתבייש מהשואל כי הוא יודע אמיתת הדבר וגם אין ההפסד מצוי בו כמו שמצוי באחרי שומרים · כי השואל יכחישו אם יאמר השוכר דבר שאינו אמת וריע טענתיה של בעל הבית כיון שהשואל מסייע להשוכר שכדבריו כן הוא

והדבר

והדבר הזה נלמד מכל שכן ממה שכתב השיטה מקובצת בסוף דבריו · דהכא יתבייש השוכר לטעון דבר שאינו אמת · דמה אם מתביישים נגד הבעלי דינים לומר דבר שאין אמת מכל שכן שיתביישו נגד השואל שהוא אינו נוגע כלל בדבר הזה · דהא כתב רש"י בב"ק (דף ק"ז) דבפקדון דאין כאן טובה מעיז ומעיז נגד התובע · והוא הדין גבי שוכר או ש"ש ג"כ אין עושה טובה הבעה"ב · להשוכר בודאי אין שום טובה דמשלם שכירות עבור הנאתו וגם שומר שכר הוא שומר עבור השכר שנותן לו · ואפילו הכי כתב השיטה מקובצת היכא דהבעה"ב יכול לידע האמת כמו השומר מתבייש השומר מן הבעה"ב מלומר דבר שאינו אמת ואין יכול להעיז פניו · כל שכן הכא שיכול הבעה"ב לברר האמת ע"י השואל שהוא אינו נוגע בדבר הזה כלל · בודאי יתבייש השוכר לומר דבר שאינו אמת דאיכא העזה ותורה · וגדולה מזה אמרו בבכורות (דף ל"ו ע"א) אמר רב יהודה אמר רב נאמן הכהן לומר בכור זה נתן לי ישראל במומו מ"ט כל מילתא דעבידא לאיגלויי לא משקרי בה אינשי אמר רב אשי אף אנן נמי תנינא וכו' עכ"ל הגמרא ולאו דוקא מילתא דעבידא לגלויי ע"פ חכם לא משקרי בה אינשי דמוכח מדאמרינן בגמרא התם סיפא ודאי מסייע ליה מאיש פלוני הרי זה נאמן ופירש"י בד"ה מאיש פלוני דהזכיר ליה מבלא שם הנאמן הרי זה נאמן הסליח דחייש שמא יתבענו ונמצא משקר והך סיפא ודאי מסייע ליה לרב יהודה דמילתא דעבידא לגלויי לא משקרי בה אנשי והכא איש פלוני לאו חכם הוא ואפילו הכי אמרינן כיון דיוכל להתברר ע"י איש אחד לא משקרי בה אנשי · ואע"ג דמדחה הגמרא התם כיון דאית ליה תובע מירתת (פירש דמהא לא הסייעוה דגבי בכור ליכא תובע ע"כ) אעפ"כ יש ראיה לדברינו מדרב יהודה אמר רב בודאי דהא חזינן דלאו דוקא חכם דהא הגמרא מדמה הדדי מאיש פלוני וכו' · וה"נ השוכר מירתת מלומר שקר דודאי המשכיר ישאל את השואל האיך היה מתה לברר הדבר על פיו לפני ב"ד ומילתא דעבידא לאיגלויי כולי האי לא משקרי בה אינשי · ולפ"ז אין שום סברא לומר הכא מה שכתב השיטה מקובצת הטעם מה שחייבה התורה להשומר לשבע · אם כן צריכין טעם למה צריך השוכר לשבע שמתה כדרכה · וכ"ת לפי מה שכתב הרא"ש בריש ב"מ דאין ראיה מהשוכר דצריך לשבע ולא יכול לפטור א"ע מן השבועה ע"י מה שיעיד השואל לפני ב"ד שבדבריו כן הוא · דלכאורה מוכח מזה דאין עד המסייע פוטר משבועה וכתב לדחות זה דאין ראיה מכאן דמתניתין דינא קמ"ל דהשוכר נפטר בשבועתיה מן המשכיר והשואל משלם לו לאפוקי מדרבי יוסי דאמר כילד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו וכו' ואם יש לשוכר ראיה לפטור עצמו מן השבועה יביא ראיה ויפטר · ובהכי לא איירי מתניתין ולא מלי למיתני השוכר פטור מן השבועה בעדות של שואל · משום דלא פסיקא ליה דלפעמים דאין השואל יודע האיך מתה עכ"ל · וכיון דלכאורה מיירי המתניתין דלא ידע השואל האיך מתה מדקתני שהשוכר צריך לשבע וכיון שכן נוכל לומר דשבועת השוכר הרי הוא כשאר שבועות השוכר הכתובה בתורה · והטעם הוא כמו שכתב השיטה מקובצת דהא הכא ג"כ לא יוכל לברר אמיתת הדבר ע"י השואל · מ"מ צריכין להתבונן מאיזה טעם קתני מתניתין דהשוכר צריך לישבע · דאף אם השואל אינו יודע כעת · מ"מ אם יחפש אחר הדבר לידע אמיתתו האיך מתה אם בפשיעה או כדרכה קרוב לודאי שיודע כי בודאי המשכיר יבקש אותו שידרוש ויחקור עבור זה אצל האנשים שהיו אצלה בעת מיתתה איך מתה אם בפשיעה או לא · וכדומה לזה אמרינן בב"מ (דף ל"ה ע"א) אמר רב יוסף שום עדים שנגנבה · סוף סוף מהיכא מייתי לה דטרח ומייתי לה אי הכי כי משתבע מלוה נמי לטרח ליה ולייתי בשלמא מלוה ידע מאן קא עייל ונפיק בביתיה ואזיל וטרח ומייתי לה אלא לוה מי ידע מאן עייל ונפיק בביתיה דמלוה כו' · וכ"ת דיכול להיות דשבעה שמתה הבהמה לא היה אצלה רק עבד או שפחה · דלא יכול להתברר לפני ב"ד האיך מתה אם בפשיעה או לא · יש שתי תשובות בדבר חדא דהשוכר מירתת · לומר שקר דאולי יתברר ע"פ עדים כשרים האיך מתה אם יחפש השואל אחר זה לידע דהא השוכר אינו יודע מאן קא עייל ונפיק בביתו של השואל · שנית דהא כתב האורים ותומים בדיני מיגו באות י"ח הרבה מחברים תפסו מתוך תשובות הרא"ש כלל ס"ו סימן ח' דאפילו במקום עדים פסולים לא אמרינן מיגו והרשד"ם וכן הר"י בן לב כתבו דלאו דברי הכל היא · רק לרמב"ם ושיטתו לא ברירה להם הך דינא ע"ש עכ"ל בפנים · והאורים ותומים מסיק שם בראיה האחרונה שהביא במשנה דעדיות פרק ח' בתינוקת שהורהנה באשקלון וכו' שהכריע ממנה דלא אמרינן מיגו במקום עדים פסולים מראיה זה מוכחת דלא אמרינן מיגו במקום דאיכא רק עבד ושפחה נגד הטענה שהיה יכול לטעון דגם נגד העבד ושפחה ג"כ לא משקרי אינשי לפיכך לא אמרינן מיגו כזה עיי"ש שכן מבואר בהדיא · והנני קצרתי כדי להקל על המעיין · לפי זה אף אם יוכל להתברר ע"י השואל שיחפש אחר אמיתת הדבר ויודע לו זאת רק ע"פ עבד ושפחה שהיה אצל הפרה בשעת מיתתה מירתת השומר לומר שקר · ולפ"ז הטעם מה שכתב השיטה מקובצת דמשום הכי חייבה התורה להשומר לישבע אף שהמשכיר אינו טוען רק שמא ליכא הכא גבי שוכר וא"כ צריכין טעם אחר למה קתני במתניתין דהשוכר צריך לישבע ע"ז מתרץ אביי ושבועה כדי להפיס דעתיה של בעל הבית דאין שבועה זו כשאר שבועת השומרים שהיא שבועת התורה רק חכמים הטילו על השוכר שישבע כדי להפיס דעתיה של בעל הבית · ובזה יתיישב הקושיות של הגאון ר"ע איגר מה שכתבנו באות ב' דמשום זה אמר אביי ושבועה כדי להפיס דעתיה של בעל הבית דשאני שבועה זו משאר שבועות הכתובה בתורה כדכתבתי · וכיון דבררתי שמה שקתני במתניתין דהשוכר נשבע הוא רק מדרבנן · לפ"ז ניחא אף לפי שיטת הש"ך בסימן רצ"א הנ"ל דסובר דאם השומר טוען איני יודע איך נאבדה אם בפשיעה או לא הוי כמו שטוען איני יודע אם פרעתי · דצ"ל דהיינו דוקא כשמחויב השומר לישבע שבועת התורה לפטור א"ע · שהם הוא חייב כשטוען השומר איני יודע דלא מצינו בשום מקום שבשבועות התורה יהיה על טענת הספק רק על טענת ודאי וכיון שאינו יכול לישבע משלם וזאת ידוע וגלוי לכל · מה שאין כן הכא מה שהשוכר נשבע הוא רק מדרבנן כדכתבתי דאף מה שאין מניחים לישבע להשוכר משום דיכולים לומר דל אנת ודל שבועתך וכו' הוי כמו שאינו יכול לישבע מ"מ לא מצינו בשום דוכתא דהנתבע יפסיד מה שאין יכול לישבע שבועה דרבנן · ואדרבה מצינו בכמה דוכתי להיפך כידוע · ואף למה שכתבתי בקושיות רב אידי לפי שכתבו דמשום הכי מחשב רב אידי להשוכר פושע קצת כיון שגרם שלא יכול לישבע שבועת התורה ע"י מה שמסר לשואל · וגם הרשב"א ושיטתו מודים לזה אם לא נתנו רשות להשאיל דמחשב פושע קצת ותשובת אביי כבר כתבתי לעיל אף שלא נתנו הבעלים רשות להשאילן כדכתבתי ועיין כל זה בדברינו באר היטיב לפ"ז הוי כאיני יודע אם פרעתיך אם הבעלים אינם מניחים לישבע להשוכר מפני שגרם לבטל שבועות התורה כדברינו לעיל · דהיינו דוקא אם גרם לבטל שבועות התורה · אבל הכא דמה שהשוכר נשבע הוא רק מדרבנן לא מחשב אף לפושע קצת · ולא מפסיד מידי כמו שכתבתי לעיל לפי דברי הש"ך :

גם נוכל לומר דהכא לפי סברת אביי שהשיב לרב אידי דבשעת מיתה הוא דקא קנו לה · הוי כאיני יודע אם נתחייבתי לך דאף שאינו מובן לי דברי הקצה"ח שכתב בכמה דוכתי ואחד מהם בסימן ש"מ ס"ק ד' ומשם מבואר באיזה מקומות כתב דשומרים אינם חייבין בהשבה כלל כל זמן שהוא בעין · ודוקא גנב וגזלן הוא דמחייבי בהשבה אבל שומר אינו חייב בהשבה אלא כל היכא דאיתא ברשות בעלים הוא והבעלים מחזירין על שלהן וכמ"ש בסימן פ"ו ס"ק ד' ע"ש ובסימן קל"ח ס"ק ח' ודוקא היכא שמתה בפשיעה הוא דכתב רחמנא יביא עד דהיינו יביא עדודה לבית דין אבל היכא דמתה באונס אין השומר מחויב להביא עדודה וכמ"ש בנימוקי

יוסף

יוסף פ"ק דב"ק · ומכ"ש כששותפו בעין עכ"ל · ודבריו אינם מובנים לי דנ"ל דשומרים נ"כ מחויבים בהשבה כמו גנב וגזלן · אך קודם שאביא ראיות לזה אכתוב מה שאינו מובן לי בראיות שלו דמה שהביא מהנימוקי יוסף נראה לי דאין הטעם כמו שכתב הקצה"ח דמשום הכי אינו מחויב להביא עדודה לבית דין משום דאין מחויב בהשבה אלא היינו טעמא דאיתא בב"ק (דף ק"ה ע"ב) רבה זוטי בעי לה הכי נגנבה באונס והחזירה גנב בבית שומר ומתה בפשיעה מהו מי אמרינן כיון דנגנבה באונס כליא ליה שמירתו · או דילמא כיון דהדרה הדרה לשמירתו תיקו עכ"ל הגמרא · ולפ"ז היינו טעמא דאינו מחויב להביא עדודה לב"ד כיון שנטרפה באונס כליא לה שמירתו · משום הכי אינו מחויב בהשבה להביא עדודה לב"ד · דהיכא מחויבין השומרים בהשבה כשעדיין הוא שומר על הבהמה · וכ"ת דהא רבה זוטי בעי ונשארה בתיקו והנימוקי יוסף כתב בפשיטות דאינו מחויב להביא עדודה לב"ד · די"ל משום תרי טעמא כתב בפשיטות הדא כיון דמספקא לן אין אנו יכולים לומר להשומר שיביא העדודה לב"ד כמו דקיי"ל בכאתי דוכתי דאין מוציאים מיד המוחזק · שנית דהא כתבו התוס' בב"ק (דף ס"ה ע"ב) ד"ה הא וכו' וי"ל דקסבר דהאי שינוי קונה א"כ ראוי הוא להתיר שינוי באתנן דהשיב כאחר ואין זה אותו שבא לידה בתורת אתנן וממאיס נמי לא מאיס עכ"ל · ולפ"ז ה"נ כשנטרפה באונס דאין לך שינוי גדול מזה והוי כמו שלא בא לידו העדודה בתורת שמירה כלל דמה שבא לידו בתורת שמירה היא בהמה אחרת כמ"ש התוס' גבי אתנן · ואף שכתבו התוס' בכתובות (דף ל"ד ע"א) ד"ה כיון דשחט בה פורתא ואידך כו' וא"ת כל טובה נמי לאו דמרה קא טבח דמכי שחט פורתא קניא בשינוי · אלא ע"כ בהכי חייב רחמנא · והכי נמי לא שנא והור"י דלא חשיב שינוי לקנותה בכך עכ"ל · נ"ל דהא דכתבו התוס' דלא חשיב שינוי לקנותה בכך · היינו דוקא דאם שחט פורתא לא חשיב שינוי לקנותה בכך · אבל היכא דבהמה באופן דמותרת לאכילה בודאי מקרי שינוי לקנותה בכך כדאמרינן בב"ק (דף ס"ח ע"א) רב ששת אמר פטור תיובתא לאחר יאוש הוא דאהני מעשיו · אבל לפני יאוש דלא אהני מעשיו לא מיחייב · דומיא דטביחה בענין דאהני מעשיו עכ"ל הגמרא · ועיי"ש בתוס' ד"ה מה דמה באמרינן דטביחה אהני מעשיו היינו דקניא הבהמה בשינוי כשטבחה ע"ש בדבריהם שכן כתבו בהדיא וכן מוכח בהדיא שם (דף י"א) מהך סוגיא אין שמין לא לגנב ולא לגזלן עיי"ש שכן מוכח בהדיא · וכן כתבו התוס' בהדיא בב"מ (דף ל"ו) ד"ה זיל שלים וכו' עיי"ש בדבריהם שכתבו בזה הדיבור כמה פעמים דקניא הבהמה כשטבחה ומשום הכי כתב הנ"י דאינו מחויב להביא העדודה לב"ד כשנטרפה באונס דכליא לה שמירתו · ואין זה מה שבא לידו בתורת שמירה משום דנשתנית והוי כמו בהמה אחרת שמתה מה שאין כן בהך דמיירי רבה זוטי דשם הדרא לאחר דכליא ליה שמירתו בעיניה בבית השומר כמו שהיתה בעת שמסר לו לשומרה דלא נשתנית כלל משום הכי נסתפק בתיקו · דדילמא כיון דהדרה הדרה לשמירתיה · אך לכאורה מדברי הנ"י מוכח דלא ס"ל טעמא בתרא שכתבתי דכתב שם לאחר שכתב מקודם דהיכא שנטרפה באונס אומר ליה הרי שלך לפניך ולא דמי לנגנבה באונס ואחר כך הוכר הגנב דקיי"ל דבין שומר חנם בין שומר שכר עושה דין עם הגנב ולא מיפטר בשבועה · דהתם דלא יכלו הבעלים לאשתעויי דינא עם הגנב דאמר ליה לאו בעל דברים דידי את · אבל היכא דנבלה קיימת מצי אמר ליה הרי שלך לפניך עכ"ל · ולפי טעמא בתרא לא דמי כלל לנגנבה באונס דהתם לא נשתנית הבהמה לאחר שנגנבה · ולפ"ז לא כליא שמירתה · מה שאין כן הך דעדודה דכיון שנשתנית כליא שמירתה כיון דנבלה אחריתי היא כמו שכתבתי · ונראה לי דלכך כתב הנ"י תי' אחר ולא כ' לחלק בין אם נשתנית הגזילה או לא · משום דהא בעי רבה זוטי היכא דנגנבה באונס והדרא בבית שומר מי אמרינן כיון דנגנבה באונס כליא שמירתה · ולשיטתיה קשה דהל"ל להגמרא

לומר בהא מילתא דפשיטא ליה לאביי ולרבא בעי רבה זוטי כי כן דרך הגמרא דהא גם הכא לרבא פשיטא ליה דאמר אחד זה ואחד זה עושה עמו דין · הרי מוכח דלא ס"ל דלא כליא שמירתיה [ומשום הכי השמיט אבעיא דבעי רבה זוטי בשו"ע משום דקי"ל כרבא דאם נגנב הפיקדון באונס ואח"כ הוכר הגנב דאחד זה ואחד זה עושה דין פירש בין שומר חנם בין שומר שכר עיין בסימן רצ"ה סעיף ו' · ומדהשומרים עושים דין עם הגנב מוכח דלא כליא שמירתיה אף אם נגנבה באונס דפליגי אדרבה זוטי ואנן קיי"ל כרבא משום הכי השמיט השו"ע שם לכתוב הדין הך בעיא דבעי רבה זוטי ובאמת כן כתבו הרבה מן האחרונים בשיטה מקובצת בב"ק (דף ק"ח) שם בד"ה רבה זוטי וכו' ואח"כ מצאתי בקצות החושן בסימן רצ"ד ס"ק ז' שג"כ מיישב באופן זה דמשום הכי השמיט השו"ע הך בעיא דבעי רבה זוטי]:

אך נראה לי ליישב דברי הרמב"ם שפסק דאם נגנב הפיקדון באונס ואח"כ הוכר הגנב דבין שומר חנם ובין שומר שכר עושים דין עם הגנב וגם פסק הך בעיא דבעי רבה זוטי עיין בפ"ח מהל' שאלה ופקדון הלכה ו' ולפ"ז לכאורה סתרי פסקי רמב"ם אהדדי לפי שיטת האחרונים שהביא השיטה מקובצת הנ"ל · אך נראה לפענ"ד דהרמב"ם סובר כשיטת הנ"י דגם רבא נוכל לומר דס"ל דכיון דנגנבה באונס כליא שמירתה כרבה זוטי · ואעפ"כ ס"ל דאם הוכר הגנב עושה השומר דין עמו · דשאני התם דלא יכלו הבעלים לאשתעויי דינא עם הגנב דא"ל לאו בעל דברים דידי את · משום זה לא כליא שמירתיה אף שנגנבה באונס דכיון דהבעלים אין יכולים להוציא מיד הגנב משום זה עושים דין עם הגנב מה שאין כן בהך בעיא דבעי רבה זוטי דהבעלים יכלו לקחת את שלהם מבית השומר ומשום הכי כליא ליה שמירתיה ופטור השומר עוד מלשמור כמו שכתב הנ"י דהיכא דנטרפה באונס אינו מחויב להביא עדודה לב"ד דכיון דהנבילה מונחת קמיה הבעלים מצי א"ל הרי שלך לפניך משום זה כליא שמירתה כשנטרפה באונס ואין צריך להביא עדודה לבית דין · ולפ"ז לא סתרי פסקי הרמב"ם הדדי דלא פליג אך בעיא דבעי רבה זוטי · וגם יש ראיה לשיטת הרמב"ם והנ"י הנ"ל דלפי שיטת האחרונים שהביא השיטה מקובצת הנ"ל ה"ל להגמרא לומר מילתא דפשיטא ליה לרבא מבעיא ליה לרבה זוטי כנ"ל · וכיון שהוכחתי מהגמרא סברת הנ"י לכן מחלק בין הך דרבא ובין הך דין דאין צריך להביא עדודה לב"ד בסברא הזה כיון שמוכח זאת הסברא מהגמרא ולא מחלק בענין אחר שאינו מוכרע מסוגיא דהכא רק ממקומות אחרים ודו"ק:

עוד כתב הקצה"ח להוכיח דאין השומר מחויב בהשבה כמו גנב וגזלן · ממה שכתב הריטב"א והובא בשיטה מקובצת פרק הגוזל (דף נ"ח) בהא דפריך לימא תיהוי תיובתא דרב נחמן · ז"ל · וה"נ שאינו יודע אם שאלה כו' הרי זה כאומר איני יודע אם הלויתני ולא מיבעיא לאביי ליטנא דאמרינן פרק הגוזל דחיוב שואל משעת אונסין אלא אפילו להאי ליטנא משעת משיכה כו' דאפילו למ"ד התם דחיוב שואל מתחייב משעת משיכה לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר · דהא ודאי כל כמה שהוא בחיים כל היכא דאיתא ברשותיה דמריה איתא וליכא על השומר שום חיוב · אלא נומר דכי נאנסה לו גובה משעבדי נכסי למפרע משעת משיכה וכ"ת למי שמכר נכסים בחיים כו' וזה ברור הוא אלא מקלא הגאונים שמתנבו בה קלא עכ"ל · והרי מבואר דכל זמן שהוא בעין ליכא שום חיוב ואפילו מלות השבה אין בשומרין · ולפענ"ד אין מובן לי הראיה מהריטב"א · דלעולם נוכל לומר דשומרין מחויבין בהשבה כמו גנב וגזלן אך הריטב"א מוכיח דאפילו להאי ליטנא דמחייב משעת משיכה באונסין לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר שיהוא לדברים אחרי דלא נטעה לומר דמשעת משיכה משתעבדו נכסיו בלא שום תנאי דיהי' חיובו גמור לאלתר ע"ז מוכיח הריטב"א · דהא למ"ד דמשעת משיכה נתחייב באונסין הייט דוקא דכשישנה

נכסים. הוא רק על תנאי אם יארע אונס ואינו נגמר לאלתר השיעבוד נכסים ומוכיח זאת דהא ודאי כל כמה שהיא בחיים וכו' כדהבאתי לעיל לשונו עיי"ש · ולפ"ז לעולם ס"ל להריטב"א דגם שומרים מחויבים בהשבה כמו גנב וגזלן אך דהשיעבוד נכסים נגמר לאלתר בלי שום תנאי רק אם לא יחזיר השומר הפיקדון נשתעבדו נכסיו למפרע משעת משיכה וכ"מ למי שמכר נכסיו כמו שכתב הריטב"א ·

פרח כד אות ג

ובעת אביא ראיה ברורה שמחויב השומר בהשבה מהא דאיתא במשנה בב"ק (דף ק"ח ע"א) האומר לחבירו גזלתיך הלויתני הפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך אם לא החזרתי לך חייב לשלם עכ"ל המשנה וכו' וכן פסקו כל הפוסקים כאותה משנה עיין בח"מ סימן ע"ה סעיף י' ובסימן שס"ה סעיף ב' ברמ"א ואם נאמר כסברת הקצה"ח דאין השומר מחויב בהשבה כלל והבעלים מעצמן נוטלים את שלהם · ובודאי לא נשתעבדו נכסיו ע"ז ואמאי הוה כאיני יודע אם פרעתיך · אדרבה הוי כאיני יודע אם הלויתך · כיון דליכא מקודם שום שיעבוד נכסים כלל על השומר וזה בודאי דוחק לומר דהשיעבוד נכסים היו אם לא יוכלו הבעלים ליטול את הפקדון כגון שאין השומר מראה את הפקדון להבעלים האיך מונח שיהיו נוטלים את שלהם · ומשום זה הוי כאינו יודע אם פרעתיך · דהא השומר אינו יודע אולי כבר החזירה את הפקדון ומשום הכי אינו מחזיר · ועל הא בודאי ליכא למימר דהשיעבוד נכסים היו שאם לא יהיה בודאי שהחזיר את הפקדון נשתעבדו נכסים למפרע דזה אינו עולה על הדעת לפי קוצר דעתי · אלא ודאי דמחויב השומר בהשבה כמו גנב וגזלן ומשעבד נכסיו ע"ז ולפ"ז כשהשומר מסופק אם החזיר אם לא מחויב לשלם · וכ"ת הא הכתי לא ניחא לפי סברת הריטב"א הנ"ל דאף דאיכא שיעבוד נכסים לא נשתעבדו לאלתר בלא שום תנאי רק אם יארע אונס נשתעבדו נכסיו למפרע משעת משיכה אף למ"ד משעת משיכה נתחייב באונסין לפ"ז הוי כאינו יודע אם נתחייבתי לך עיין בדבריו שהבאתי לעיל · ולפ"ז אף אם נאמר דשומר מחויב בהשבה ונשתעבדו נכסיו ע"ז ג"כ השיעבוד נכסים הוא אם לא יחזיר נשתעבדו נכסיו למפרע · א"כ אם מסופק השומר אם החזיר או לא הוי ג"כ כאינו יודע אם נתחייבתי לך · די"ל דהתם שאני דאף למ"ד דמשעת משיכה נתחייב באונסין ובכלל אונסין אם מתה הבהמה ואנן קי"ל דחיישינן שמא תמות כדאמר רבא בגיטין (דף כ"ח ע"ב) הלא אמר רבא שמא מת לא חיישינן שמא ימות תנאי היא עכ"ל הגמרא והתנאים דפליגי בזה ר"מ לא חייש שמא ימות ור' יהודה ור' יוסי ור' שמעון סוברים דחיישינן שמא ימות לפי סברת רבא וזה ידוע דהלכה נגד ר"מ אפילו מחד דהני תנאי דפליגי עליו וכל שכן שלשתן פליגי עליו עיין בערובין דף מ"ו דהלכה כמאן דפליגי על ר"מ ולפ"ז הדין דחיישינן שמא ימות וכן פסק הרמב"ם בפ"ג מהל' תרומות הלכה א' מ"מ לאו ודאי הוא שימות ולא הוי רק ספק ומשום זה כתב הריטב"א דאף למ"ד משעת משיכה מתחייב באונסין אף דבכלל הזה נכלל ג"כ מיתה של הבהמה · מ"מ הוי כאינו יודע אם נתחייבתי לך · דלא נשתעבדו נכסיו בודאי משעת משיכה דאולי לא תמות מה שאין כן בקך דהכא דהשומר טוען דאינו יודע אם החזיר לו הפקדון או לא נשתעבדו נכסיו תיכף כשהפקיד אצלו שמחויב להחזיר לו דמה שבקום עשה כגון דמה שצריך השומר להחזיר הפקדון על מה שלא ידעינן בבירור שהחזיר אמרינן בודאי שלא החזיר כדפסק בחו"מ בסימן רמ"א סעיף י' האומר לחבירו הריני נותן לך כך וכך על מנת שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו אבל אם אמר ליה על מנת שלא תעשה על הנותן להביא ראיה שביטל תנאו עכ"ל · הרי חזינן היכא דאיתא בקום עשה אמרינן בודאי שלא עשה עד שיבורר בעדים שעשה ומוציאים מיד המקבל מתנה וא"כ בכפתור רביעי אכתוב באריכות מזה ועיי"ש בפרח ראשון ועיין בקצה"ח שם שמבואר כן בהדיא שזה הטעם דמוקמינן אחזקה שהוא קודם עשיה ואמרינן שלא היה עשיה עיי"ש בהאריך בזה ונביא ראיה לזה הסברא · ולפ"ז אם השומר מסופק אם החזיר הפקדון או לא מוקמינן אחזקה שהיה מקודם · ואמרינן שלא החזיר · ומשום הכי חייב השומר לשלם · מה שאין כן בקך דהשומר מתחייב משעת משיכה באונסין · התם אדרבה אין החיוב של השיעבוד נכסים נשתעבדו תיכף · דמוקמינן אחזקה דלא יארע אונס דהא דבר החדש הוא מה שאירע אונס לפ"ז אף למ"ד דנשתעבדו הנכסים משעת משיכה לכשיארע אונס · היינו כשיארע אונס נשתעבדו נכסים למפרע בשעת משיכה ולפ"ז הוי כאיני יודע אם נתחייבתי לך כסברת הריטב"א הנ"ל · ולפי הסברא הזה אם טוען איני יודע אם פרעתיך במידי דלא הוה ליה למדע ג"כ חייב כיון דהפרעון הוא בקום עשה ומוקמינן אחזקה קמייתא שלא פרע וכמבואר בסימן רמ"א הנ"ל ועיין בדברינו בפרחים הקודמים שהארכתי בזה בדברי האחרונים · וכ"ת אכתי אם השומר טוען איני יודע אם החזרתי לך אין חיובו ברור שיהיה מחויב להחזיר שמא תמות וזה חיישינן כדכתבתי לעיל · דהא דמוקמינן אחזקה היינו היכא דבר ספק ואינו ידוע מאימתי התחיל הספק מוקמינן אחזקה קמייתא דמועלת החזקה על העבר · אבל שיהיה מועיל על להבא כגון הכא דיהיה מועלת החזקה מה שהיה הבהמה בעת שלא תמות זה לא אמרינן וכן לא מוקמינן אחזקה שלא יארע אונס ג"כ לא אמרינן אף שנוכל לחלק בין אונס מיתה לשארי אונסין לפי דעתי קרוב הדבר שלא לחלק · ולפ"ז אין חיובו של השומר שמחויב להחזיר ברור בשעה שהפקיד אצלו · שיהיה מחויב להחזיר בודאי דהא גם בכלל פקדון איתא במשנה ג"כ בהמה ובזה בודאי חיישינן שמא תמות ולא יהיה צריך להחזירה א"כ בא הספק שאיני יודע אם החזרתי לך ומוציא מהספק שמחויב להחזיר דספק וספק הוא · די"ל כיון דהשומר אינו טוען שמתה הבהמה רק טוען טענה אחרת אולי החזיר · לפ"ז הודה השומר שלא מתה הבהמה · וא"כ מחויב בודאי להחזיר · ולא אתי הספק בטוען אולי החזיר · ומוציא מידי ודאי שאם לא תמות יהיה מחויב להחזיר · ולא נוכל לומר גם את הסברא הזה לפי דברי הקצה"ח · דכיון דהשומר צריך להראות המקום שמונח הפקדון הוי בקום עשה · לפ"ז השיעבוד נכסים שהיה ע"ז הוי ודאי ולא אתי הספק דאינו יודע אם החזיר לו ומוציא מידי ודאי כמ"ש לדברי הריטב"א זה דוחק · דהא אם הבעלים יודעים האיך מונח הפקדון אין צריך להראות השומר כלל · וגם אם צריך להראות לפי דעתי לא מיקרי מעשה כלל. ולפי מה שכתבנו לפי הריטב"א יצא לנו דין חדש · דאם נותן אדם דבר על תנאי שהוא בקום עשה והיכא עדים שקיים המקבל מתנה את תנאו · אך הנותן טוען אולי כבר נתתיו המתנה מחויב ליתן לו אף בשעה שהתחייב ליתן לו מתנה על תנאי שבקום עשה החיוב אינו מועלת כלל עד שיביא עדים שקיים תנאו · ולפ"ז לא הוי אף ספק חיוב דמוקמינן אחזקה קמייתא כנ"ל · מ"מ כיון דאיכא עדים שקיים המקבל מתנה את תנאו הוי חיובו ברור ומיקרי ודאי ולא אתי הספק שטוען הנותן אולי החזיר · ומוציא מידי ודאי כמו דאמרינן גבי פקדון :

ובזה יש להביא ראיה ברורה מהא דפסק בחו"מ סימן ע"ב סעיף י"ד אם הלוה טבעו ביתרון שהיה שוה המשכון יותר על דמי החוב · ויש עדים בזה או שהמלוה מודה לו אלא שטוען שנאבד באונס ותובע דמי חובו ישבע המלוה שאינו ברשותו ושלא שלח בו יד ושנאבד באונס וגובה חובו מהלוה · שהרי אין הלוה יודע היאך נאבד והוה ליה כהלויתני ואיני יודע אם החזרתים לך עכ"ל · והא הכא כשמלוה על המשכון הוי כמו שהיה תנאי אם יחזיר המלוה המשכון או מחויב הלוה לשלם · אבל אם לא יחזיר אינו מחויב לשלם · וזה התנאי הוא בקום עשה שצריך להחזיר המשכון · והכא ליכא עדים שקיים המלוה תנאו רק נאמן בשבועה דנאנסה ·

ואינו

והינו צריך להחזיר · ואפילו הכי אמרינן כיון שנאמן בשבועתו שאין צריך להחזיר המשכון · נגמר חיובו דצריך הלוה לשלם להמלוה אף שהלוה טוען שאינו יודע מקיום התנאי שאינו צריך להחזיר המשכון. שהלוה אינו יודע כילד נאבד כמבואר שם · ולפ"ז הוי כאינו יודע אם צריך לשלם אם לא · מ"מ השוב כאינו יודע אם החזרתים לך · כל שכן הכא דאיכא עדים שקיים תנאי שהוא בקום עשה אינו מועלת טענת הספק של הנותן דמה היכא שנאמן בשבועה דממילא מתוך זה צריך לשלם לו הלוה אינו מועלת טענת הספק · כל שכן היכא דאיכא עדים שקיים תנאו דממילא אתי שמחויב הנותן ליתן לו לא אתי הספק. אולי נתן לו ומוציא מידי ודאי · שצריך ליתן לו על פי עדים :

הדרן לדברינו דלפי סברת הריטב"א · דאף למ"ד דמשעת משיכה נתחייב באונסין · מ"מ הוי כאינו יודע אם נתחייבתי לך אם יש ספק אם מתה הבהמה או לא · ולפ"ז הכא דאף שהבעלים יכולים לומר להשוכר דל אנת וכו' · מ"מ פטור השוכר מלשלם · דהוי כאינו יודע אם הלויתני לפי סברת הריטב"א · ולפ"ז ליכא שום שיעבוד נכסים על השומר הראשון ובודאי דלא נשתעבדו נכסי השומר השני מדרבי נתן להבעלים · משום הכי אינו צריך לשלם השואל להבעלים כיון דליכא שום שיעבוד כלל על השומר הראשון · ורב אידי לא פריך רק אמאי צריך לשלם להשוכר הא אין הבהמה שלו ע"ז משני אביי דבשעת מיתה הוא דקא קני לה השוכר · משום הכי צריך לשלם השואל לו · ושבועה רק כדי להפיס דעתיה של בעל הבית :

וראיתי להבעל מחנה אפרים בהלכות שאלה ופקדון סימן ו' · שכתב אני בענ"ד במקום אחר שהבאתי ראיות לסברא קמייתא מההיא דאם מת יורשים משתמשים בה כל ימי שאלתה · מזה מוכח דאין הבעלים יכולים להוציא מיד השואל : ואנכי לפי ענ"ד אינו מבין הראיה שלו וקודם שאברר שאין ראיה מכאן אקדים לחקור אם שאל אחד מחבירו פרה ואח"כ השכיר אותה לאחר למי שייך השכירות · אם להשואל אם להבעלים · ואפשוט דין זה ממה שמבורר בסוגיא דריש הגוזל בתרא דיכולים היורשים להשתמש בה כל ימי שאלתה · אף שפטורים אמה מאונסין כדאמרינן שם מתה אין חייבין באונסיה · דלכאורה יכול המשאיל לומר אדעתא דהכי לא שאלתיה שאם תמות יהיו פטורים מלשלם שצריכין אנו לומר כדאמרינן בשמה דוכתי כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד · ומשום הכי משתמשים בה כל ימי שאלתה · ואפילו הכי פטורים מאונסין דה"ל להמשאיל להתנות בשעה שהשאילה להשואל שאם ימות ותפול הפרה להיורשין שיהיו חייבין באונסיה ואדעתיה דהכי משאיל אותה דהשואל והיורשים השאים מכוחו המה נקראים מוחזקים בהפרה כדכתבו התוספות בב"מ (דף ק"ג ע"א) ד"ה פרדיסי על הא דאמרינן שם פרדיסי רפק כל פרדיסי דבעי · פירוש דאם שאל מרא למירפק פרדיסי רפק ואזיל וכו' והקשו התוספות דאמר בריש פרק המוכר את הבית (דף ס"א ובס) ארעתא תרתי משמע וכו' ועוד י"ל דהתם יד לוקח על התחתונה שהמוכר מוחזק והכא יד המשאיל על התחתונה שהשואל מוחזק וכו' עכ"ל וכיון דהשואל מיקרי מוחזק · ה"ל להמשאיל להתנות שאם תהיה הפרה ביד היורשים יתחייבו באונסיה · כדכתב הרא"ש בהשוכר את האומנין בסימן ג' אמר רבא האי מאן דאוגר אגורי לדוולא ופסק נהרא בפלגא דיומא אי לא הוי רגיל דפסיק פסידא דפועלים דכי דלא איבעי לאתנויי אדעתייהו לא פועל ולא בעל הבית · א"נ תרווייהו איבעי להו לאתנויי אדעתייהו פסידא דפועלים דהמוציא מחבירו עליו הראיה וידו על התחתונה עכ"ל · ועיין בסמ"ע בריש סימן של"ד · ולפ"ז היה להמשאיל להתנות שיהיו חייבין באונסיה · וכיון דלא התנה פטורים אם מתה כמו שכתב הריטב"א בחידושיו בכתובות פרק אלו נערות (דף נ"ד) דהיתומים לא זכו בהו בתורת שאלה אלא ירושת אביהם קא זכו הביאם הבעל מחנה אפרים בריש הלכות שאלה ופקדון · וכתב שזה כוונת רש"י בפרק אלו נערות שפירש רש"י דהא דיתומים פטורים משום

דאינהו לאו שואלים נינהו עיי"ש בי קצרתי מאד בזה · ולפ"ז אינו מובן הראיות שהביא הבעל מחנה אפרים מהא דיורשים משתמשים בה כל ימי שאלתה · דהוכיח מזה דאין הבעלים יכולים להוציאה מיד השואל השני · דהתם היינו טעמא דאין הבעלים יכולים להוציא מיד היורשים · משום דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד מה שאין כן אם השואל השאיל לאחר שאינו בניו יכול להוציא: לאחר שאמרתי זאת מצאתי לבעל מחנה אפרים בהלכות שכירות סימן י"ט בשם הגהת מרדכי שכתב ג"כ דיתומים שאני משום דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד ואנכי למדתי זאת מדברי המרדכי מפרק הגוזל בתרא עיי"ש · אך הבעל מחנה אפרים הקשה על הגהת מרדכי דליכא למימר דהיינו טעמא דמשתמשין בה היורשין כל ימי שאלתה משום דכל המפקיד על דעת וכו' · דהתינח היכא דהניח בנים דשייך להאי טעמא · אבל אם מת בלא בנים וירשו אחרים דלא שייך להאי טעמא יראה דלא יזכו לאשתמושי בה · וכ"ת ה"נ זה. תימא דלא הוי להפוסקים לאשתמועי ולומר דיורשים שאמרו היינו בניו ובני ביתו · ולפי ענ"ד נראה דמרה דשמעתא הוא רבא ורבא אית ליה בגיטין (דף כ"ח ע"ב) אלא אמר רבא שמא מת לא חיישינן שמא ימות תנאי היא ואנן פסקינן ככך תנא דחיישינן שמא ימות (עיין ברמב"ם פ"ט מהלכות תרומות הלכה א' וכן מוכח מתוך הסוגיא דהתם דפסקינן דחיישינן שמא ימות עיי"ש ולעיל האריכתי בזה קצת) · ולפ"ז הא הבעל הבית היה ליה לחוש שמא ימות וה"ל להתנות עם השואל שאם ימות אין היורשים יכולים להשתמש בהם והא דאיתא בגיטין (דף כ') דלא מסיק אדעתיה דמלוה דמיתי לוה ונפלו נכסי קמי יתמי · כתב הפ"י שם דל"א הכי אלא בבינונית וזיבוריות אבל בעלמא לא · כיון דיכולין הבעלים להוציא מיד השואל השני אינו צריך המשאיל להתנות עם השואל שלא ישתמשו היורשים בהפרה · כלפענ"ד דכבר כתבתי בשם התוספות דסוף פרק השואל דהשואל מיקרי מוחזק · ובעת אני אומר שאף שהתוספות כתבו רק לחד תירוצי · מ"מ נראה לי דכל ימי משך השאלה לו הפרה בודאי נקרא מוחזק אף לתירוץ הראשון · דבשלמא התם כיון דרפק תרי פרדיסי נוכל לומר דכלתה משך שאלתה · לכן נוכל לומר דהתוספות בתירוץ הראשון ס"ל דלא נקרא השואל מוחזק דכיון דאילו כלתה המשך שאלתה השואל מחזיק שלא כדין · אבל אם כל ימי שאלתה נפל סיכסוך ביניהם כגון אם השאילה על שלשים יום והשואל רוצה לעשות איזה מלאכה כבידה כגון להוליכה בהר והמשאיל אומר שבפירוש הותנה שלא להוליכה בהרים והשואל מכחישו נקרא השואל בודאי מוחזק אף להתירוץ הראשון ויכול השואל להוליכה בהרים · אך צריך לשבע מקודם שכדבריו כן הוא · א"כ לפ"ז אם מת בתוך ימי השאלה ואתא ממילא ליד היורשים היורשים ג"כ נקראים מוחזקים · כיון דבהתירא אתאי לידם · לכן הוי ליה להמשאיל לחוש שמא ימות והוה ליה להתנות שלא ישתמשו בה היורשים ומדלא התנו אמרינן שעל דעת כן שאל לו שישתמשו יורשים · מה שאין כן כששאל השואל לאחר אינו צריך להתנות כלום דמהיכי תיתי יחוש המשאיל שיעבור השואל על מה שאמרו אין רצוני וכו' ובאיסורא אתא ליד השואל השני · לכן יכולים הבעלים להוציא מיד השואל השני · וכ"ת לפי מה שכתבתי דמשום הכי משתמשים בה היורשים דעל דעת כן השאילה · אמאי חייבין היורשין בפשיעה או בגניבה ואבידה דהגמרא אמרה רק אם מתה אין חייבין באונסיה דמשמע מזה דבגניבה ואבידה חייבין וכן פסקו כמה פוסקים (עיין בחו"מ סימן שמ"א) · ואם נימא דמשום הכי משתמשים כל ימי שאלתה · דהיתומים לא זכו בהו בתורת שאלה אלא ירושת אביהם קא זכו כמו שכתב הריטב"א שהבאתי לעיל · לפי זה יהיה נמי פטורים היורשים בפשיעה ומכל שכן מגניבה ואבידה דירושת אביהם קא זכו והוי ליה להמשאיל להתנות אם תפול הפרה ביד היורשים שיהיו חייבין בגניבה ואבידה ומדלא התנו פטורין המה כמו שפטורין מאונסין · ולהבין זה אמרתי בהשקפה ראשונה מה שעיינתי כעת בנימוקי יוסף הקשה בהגוזל בתרא

בתרא שם על הא דאמרינן בגמרא השוכרין של אביהם היה וטבחו ואכלו משלמין דמי בשר בזול · הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבים לשלם · והקשה על זה הנ"י ואע"ג דהם לא קבלו עליהם אונסין וגם לא רמיא חיוב אונסין אשואל משעת שאלה אלא דוקא בשעה שהאונס בההיא שעתא לאו נכסי דשואל נינהו דמשו"ה ברישא פטורים ה"נ מה לי הניח אחריות נכסים מה לי לא הניח · ויש לומר דטבחוה פשיעה היא · ואע"פ דהך פשיעה אתי לבסוף מ"מ אבוהון הוא דעבד לה בחייה דלא אודעינהו דשאולה היא · ואשתעבד נכסיו בחייו · וכן הסכימו המפרשים ז"ל · וכן כתב הרא"ש ז"ל דמשעת פשיעה הגורמת לאונס מתחייב השואל עליה עכ"ל · ולכאורה צריכין להבין דלפ"ז אמאי ברישא פטורין אם הניח להם אביהם אחריות נכסים דהא תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב כדאיתא בגמרא ב"מ (דף מ"ב) והלכתא תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב · ואעפ"י בתוספות כתבו שם בד"ה הכי גרסינן וכו' ודוקא היכא שיכול להיות שהאונס לא היה נארע אם לא פשע בתחילה אבל פשע בה ויצאת לאגם ומתה פטור דמלאך המות מה לי וכו' · וכן כתבו התוספות בכמה דוכתי · ולפ"ז ה"נ האונס אינו בא מחמת הפשיעה מה שלא אמר להם אביהם שהיא פרה שאולה · לכן פטורים היורשים מאונסין אף אם הניח להם אביהם אחריות נכסים · דזה ניחא לפי שיטת התוספות וסייעתם · אבל לפי שיטת רב אלפס וכתבו התוספות בב"מ (דף ע"ח) ד"ה הוחמה וכו' דאעפ"י שהאונס היה נארע בכל ענין שלא נוכל לתלות שאם לא פשע אפשר שלא היה בא האונס · אעפ"כ חייב אם היה תחילתו בפשיעה · עיי"ש · שכן מבואר בהדיא לפי שיטת רב אלפס עדיין הקושיא במקומו עומדת למה ברישא פטורין מאונסין אם הניח להם אביהם אחריות נכסים הא תחילתו בפשיעה מה שלא אמר להם אביהם שהיא שאולה דאף שסופו באונס · מ"מ היורשין חייבין לשלם לפי שיטת רב אלפס · וקצת מזה הקושיא איתא בחלוקא דרבנן בשם הגאון ר"ע איגר הנדפס בסוף חידושי הר"ן לב"מ :

ונראה לפענ"ד ליישב הקושיא הזאת ע"פ מאי דאיתא בב"ב (דף ע' ע"ב) דתניא שטר כיס היוצא על היתומים דייני גולה אמרי נשבע גובה כולו · ודייני ארץ ישראל אמרי נשבע וגובה מחצה ודכולי עלמא אית להו דנהרדעי דאמרי נהרדעי האי עסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון מאי לאו בהא קא מפלגי דמר סבר מני א"ל שטרא בידי מאי בעי ומר סבר לא אמר · לא דכו"ע אית להו דרב חסדא והכא בהא קא מפלגי דמר סבר אם איתא דפרעיה מימר הוה אמר ומר סבר אימור מלאך המות הוא דאנסיה כו' עכ"ל הגמרא · הרי להך הגא סברי ליה דלאו פשיעה הוא מה דלא אמר קודם מיתתו להיורשים דפרע דמלאך המות אנסיה ופסק רבא דהלכתא כדייני גולה דנשבע וגובה מחצה דדייני גולה איפכא מתניתא להו (וכן פסק הח"מ סימן ק"ח סעיף ד') הרי מוכח מכאן דלא הוי פשיעה כל כך · ומשום זה אף אם הניח אביהם אחריות נכסים אם נאנסה פטורים היורשים מלשלם · דאף דקיי"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב · מ"מ הכא פטורים היורשים · כיון דתחילתו מה שלא אמר אביהם קודם מיתתו שהיא פרה שאולה לא הוי פשיעה כל כך · דאימור מלאך המות הוא דאנסיה · רק הוי כעין אבידה שכתבו התוספות בכמה דוכתי והוא מהגמרא דב"מ אבידה בקרובה לפשיעה לא כל שכן עכ"ל הגמרא · ותחילתו כעין גניבה ואבידה וסופו באונס כתבו התוספות (בדף נ"ג ע"ב) דפטור עיי"ש בע"ב בד"ה אי הכי וכו' ומשום זה פטורים היורשין מאונסים אבל המה חייבין בגניבה ואבידה כיון דתחילתו כעין גניבה ואבידה וסופו בגניבה ואבידה לכן חייבין · ולפ"ז ניחא אף לפי שיטת התוס' שכתבתי לעיל · דמאי דקיי"ל דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב היינו דוקא שנוכל לתלות שאם לא היתה הפשיעה לא בא האונס אבל היכא דלא נוכל לתלות פטור · ולכאורה צריכין להבין אמאי חייבין בגניבה ואבידה דהא לא בא בגניבה ואבידה מפני מה שלא אמר להם אביהם קודם מיתתו שהפרה היא שאולה אצלו · וכל שכן דאם שבורים שהפרה שמה שלהם אז בודאי היו נזהרים שלא תאבד ולא תגנוב וגדולה מזו אמרינן בב"מ (דף מ"ב ע"ב) כל שכן דכי אמינא לה דידי נינהו טפי מזדהרי בהו עכ"ל הגמרא · ולפ"ז אמאי חייבין היורשים בגניבה ואבידה לפי שיטת התוס' · אך לפי דברינו דכיון דהוי תחילתו כעין גניבה ואבידה וסופו בגניבה ואבידה לא בעינן שיהיה הגניבה ואבידה מה שאירע ביד היורשין שיבוא מחמת דלא אמר להם אביהם שהיא פרה שאולה דהוי כעין גניבה ואבידה · דדוקא היכא דסופו באונס אז בעינן שיהיה האונס בא מחמת דפשיעה שהיתה מתחילה · לכן חייבין היורשים בגניבה ואבידה · אך נראה לי דלא ניחא זה הטעם שכתבנו · דלפי זה יהיה דוקא אם הניח להם אביהם אחריות נכסים הם חייבין בגניבה ואבידה · כיון דכתבנו דהטעם הוא דמשום דתחילתו הוי כעין גניבה ואבידה מה שלא אמר להם אביהם קודם מיתתו ומשום הכי חייבים היורשים בגניבה ואבידה · אין זה רק כשהניח להם אביהם אחריות נכסים · וגם לא ניחא הטעם שכתבנו דאם אמר קודם מיתתו שהיא פרה שאולה לפי הטעם הזה יהיה פטורין היורשים מגניבה ואבידה כמובן · ומהפוסקים משמע להיפך שאף אם לא הניח להם אביהם אחריות נכסים וגם אמר להם קודם מיתתו שהיא פרה שאולה אפ"ה חייבים בגניבה ואבידה (עיין בח"מ סימן שמ"א סעיף ג' וד') · לכן נראה לי דהטעם הוא כמו שכתבו הסמ"ע והש"ך הטעם דהואיל הוי דינו כשומר שכר שיש הנאה להואיל שנתנו לו לתקן ולא לאחר ובעבור הנאה זו נעשה שומר שכר עיי"ש בדיש (סימן ש"ו בסמ"ע ובש"ך) · ולפ"ז חייבים היורשים בגניבה ואבידה אף לפי מה שכתבתי לעיל · דמשום הכי אין המשאיל מוציא מידם משום דהיה ליה לחוש שמא ימות ותפול הפרה ביד היורשים ומשום זה פטורים באונסים · דה"ל להתנות דהשואל מיקרי מוחזק במשך ימי שאילתה בין לתירוץ קמא ובין לתירוץ בתרא שכתבו התוס' בסוף פרק השואל · והיורשים הבאים מכחו ג"כ נקראים מוחזקים כיון דהשאילה אתא לידם משום הכי הוי ליה להמשאיל להתנות כדכתב הרא"ש בפרק האומנין שהבאתי לעיל אפילו הכי חייבים היורשים בגניבה ואבידה אף אם אמר להם אביהם שהיא פרה שאולה · וגם לא הניח להם אחריות נכסים · אפילו הכי חייבים בגניבה ואבידה דכיון דעכ"פ היה ליורשים הנאה מהמשאיל · משום הכי המה חייבים כשומר שכר כמובן :

ולפי דברינו ניחא מה שלכאורה קשה מדברי הנ"י בר"פ הגוזל בתרא וכן כתב הרא"ש ז"ל דמשעת פשיעה הגורמת לאונס מתחייב השואל עליה ונפקא מינה לשואל חמור לרכוב עליה בלוחו · ומתה בדרך והדבר ספק אם מחמת מלאכה מתה אם לאו דכיון דקיי"ל שאינו חייב עליה עד שעת אונסין הרי הוא פטור · שהרי זה כאומר איני יודע אם הלויתני אם לאו · אבל השואל את החמור לרכוב עליה ונהגה לשלוחו · והדבר ספק אם מתה בפשיעה או באונס חייב · שהרי הוא פושע עליה כשנתנה לשלוחו שהרי אין השואל רשאי להשאיל · והוא מתחייב משעת פשיעה · והרי זה כאומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך אם לאו שהוא חייב עכ"ל · דהקשה עליו הגאון ר"ע איגר בחלוקא דרבנן הנ"ל במה שכתב שהספק אם בפשיעה או לא הא בשואל קיימא לן דאף באונסין חייב וה"ל נמי כאיני יודע אם באונס אם מתה מחמת מלאכה עיי"ש תירוצו · ולפי דברינו דמה שהיתומים משתמשים כל ימי שאלתה ולא יכול לומר המשאיל אדעתא דהכי לא השאיל להו שיהיו היורשים פטורים מאונסין משום דה"ל להמשאיל להתנות זה דהיה ליה לחוש שמא ימות ותפול הפרה לפני יורשים · דגם אדעתא דיורשים הפקיד אף אם היורשים אינם בניו דמה שאמרו כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד דלאו דוקא דהוא הדין שאר אנשי ביתו · ולפי הנראה שיטת הסמ"ע (בסימן רצ"א ס"ק ל"א) ג"כ כמו שכתבתי דז"ל ופירש רש"י כל המפקיד מפקיד על דעת. שלא יהא שומר נמנע מלמוסרה לאנשי ביתו הגדולים ולהמניח לגביה הוא הפקיד ·

והטעם

והטעם הוא דאדם יודע דאין הנפקד יכול להיות תמיד בביתו לשמור פקדונו עכ"ל · א"כ הא דאמרו כל המפקיד על דעת אשתו ובניו לאו דוקא בניו אלא הו"ה · אנשים אחרים שנאמנים הוא לגביה שמפקיד ג"כ אצלם · ממונו מסתמא על דעת כן הפקיד שיכול למסור הפקדון שישמרם דהמפקיד יודע דאין הנפקד יכול להיות תמיד בביתו לשמור פקדונו · ולפי הנראה יש ג"כ ראיה · לזה מהגמרא דאיתא בב"מ (דף מ"ב) ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי הבריה אשלמינהו לאימיה ואותבינהו בקרטליתא ואגנוב · אמר רבא היכי נדיינו · דיינו להאי · דינא נימא ליה לדידיה זיל שלים אמר כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד · נימא לה לאימיה זילי שלימו · אמרה לא אמר לי דלאו דידיה ניננהו דקבירינהו · נימא ליה אמאי לא אמרת לה אמר כל שכן דכי אמינא לה דדידי ניננהו טפי מזדהרה בהו עכ"ל הגמרא · הרי מוכח דבניו לאו דוקא דהא מפורש בגמרא דאימיה ג"כ בכלל הזה דטעמא הדא הוא · והוא הדין לשאר אנשי ביתו אף שאינם קרובים לו והנפקד הוא מפקיד אצלם ג"כ ממונו יכול למוסרם הפקדון · דאותו הטעם דאמרינן כל המפקיד על דעת בניו הוא מפקיד · זה הטעם שייך ג"כ באנשים שאינם קרובים אך שהם נאמנים לגביה · וגם מפורש ברשד"ם חו"מ סי' ק"כ דהיכא דהמנהג להפקיד אצל אדם אחר ג"כ הוא בכלל ע"ד אשתו ובניו · ומבואר בגמרא דאין מחויב לשמור את הפקדון יותר מממונו · וה"נ אם אנשים שאינם קרובים שמוסר ממונו להם גם כן יכול למסור להם הפקדון (ועיין בסמ"ע בסימן רצ"א ס"ק ל"ט) מה שכתב על לשון הרמב"ם · וה"נ איתא דומה לזה בכתובות (דף ק' ע"ב) רבינא הוה בידי חמרא דרבינא זוטי יתמא בר אחתיה הוה לדידיה נמי חמרא הוה קמסיק ליה לסיכרא אתא לקמיה דרב אשי אמר ליה מהו לאמטויי בהדין אמר ליה זיל לא עדיף מדידך עכ"ל הגמרא ובשמה · דהכי מסכתינן דחשו מאוד בשמירת ממון של יתומים · ואעפ"כ אינו מחוייב לשומרן יותר מממונו · ה"נ יכול למסור הפקדון לאנשי ביתו אף שאינם קרובים לו אך נאמנים המה לגביה שמוסר ממונו ג"כ אצלם · וכן מוכח מירושלמי שהביאו הרא"ש פרק המפקיד סימן כ"א אם נתנו במקום שנהג ליתן את שלו אם היה ראוי לשמירה פטור עכ"ל · וכן פסקו שאר האחרונים (עיין בבית יוסף סי' רצ"א אות כ') · (ועיין בתרומות הדשן סימן ל"ג) · ואפילו לשאר פוסקים שחלקו על הרא"ש וסייעתו ופסקו שלא כדברי הירושלמי · והיינו טעמא כיון דאמרו חכמים כספים אין להם שמירה · אלא בקרקע · אף אם נתן הכספים במקום שנותן הכספים שלו · מ"מ מקרי מקום שאינו ראוי לשמירה ואף דפשע בשלו לא היה לשבוע בממון של אחרים עיין במרדכי שם בסוגיין (דף מ"ב) שכן מפורש בהדיא הטעם הזה · ועיין ב"ק (דף כ"ו) ובח"מ סי' רצ"א ס' כ"ב ובביאור הגר"א שם · וכיון שכן דברי הנ"י מדוקדקים במש"כ שמסר לשלוחו ולא כ' לשליח דמיירי שהוא תמיד רגיל לשלוח אותו לעסקיו ומסר לשלוחו החמור שבשאל · והשליח הוא בודאי איש נאמן לגביה שמוסר ממונו לו דעל דבר דכדי לא עבה אותו שליח · אלא ודאי שלח להביא דבר הצריך לו ומאמינו על זה לכן יכול למוסרו ג"כ החמור ששאל מחבירו · לכן אם היה הדבר ספק אם מתה כאונס או מחמת מלאכה היה פטור השואל משום דלא פשע במה שמסר לשלוחו דהוי כמו שמסר לבניו והוי כאינו יודע אם נתחייבתי לך כמו שכתב הנ"י בשבת הקודם לזה · אבל אם הדבר ספק אם פשע או לא פירוש שגם אצל השואל ג"כ מסופק אולי פשע השליח · הרי חזינן דאין השליח אדם נאמן דלהרמב"ם שומר מזיק הוא (עיין בפרק ב' מהל' שכירות) ואף לדעת הראב"ד בהשגות שם בפשיעה אינה כמזיק מ"מ אם פשע לאו אדם נאמן הוא דדרך השומרים לשמור הרבה אפילו מדברים שאינם חייבים עיין בתוס' ב"מ (דף נ"ג ע"ב) ד"ה אי הכי · אף שהתוס' כתבו כן למאן דאמר שומר שמסר לשומר פטור · מ"מ נראה דאף למאן דאמר שומר שמסר לשומר חייב ג"כ יבנוה כן ד"א פליגי בזה הסברא מה בהחוב ועיד בדרכי

אנשים · רק הטעם הוא כמו שאמר רבא את מהימנת לי בשבועה וכו' · ואם פליגי בזה הסברא היה ליה לומר כאביי דהטעם הוא משום שפשע שמסר לשומר אחר · ומדאמר רבא טעם אחר מוכח דלא פשע כלל מה שמסר לשומר אחר כיון שמסר לבן דעת בודאי ישמרנו כפי הצורך עיין ברא"ש בהמפקיד בסימן ו' מה שכתב דלא הרבימו אגנאי וכו' · כיון שמסר לבן דעת וכו' עכ"ל · וכיון שספק אצל השואל אם מתה בפשיעה או באונס אצל השליח הרי חזינן דאין אדם נאמן שוה השליח אף שמסר ממונו ג"כ אצל השליח · ואם תאמר על דברינו הא דחזינן שחייבה התורה את השומר לשבע כל אחד ואחד לפי דינו ושומר חנם ג"כ בכללם נשבע שלא פשע אף דמן הסתם אדם נאמן הוא כיון שמסרו לשמור אעפ"כ נשבע אולי פשע · ה"נ אף שיש ספק אם פשע אם לא · מ"מ יכול להיות איש נאמן ואמאי כתב הנ"י שהרי פשע במה שנתן לשלוחו · דאף אם היה הדבר ספק אם פשע או לא אינו נקרא פושע במה שמסר לשלוחו · כמו שכתבתי לעיל היכא דמסר לאיש שג"כ מוסר לו ממונו הוי כמו שמפקיד על דעת אשתו ובניו · דיש לומר אף דכל השומרים נאמנים המה אצל בעל הבית · דאם לא כן לא מסר להם לשומרן · מ"מ אדעתיה דהכי האמינם כל אחד ואחד כפי הדין הכתוב בתורה דהיינו שישבע שמר כראוי · אבל הכא ע"כ מיירי הרא"ש שהביא הנ"י שלא ידע השליח אם פשע או לא · שהשליח אינו שישבע או שאינו רוצה לישבע · דאם לא תאמר כן אם מיירי שהשליח אומר שפשע בודאי חייב השולח שהוא הנפקד לשלם שלא הוי טעמא שכתב הרא"ש שהוא פושע במה שמסר לשלוחו · דכיון דאיש נאמן הוא לגביה האמינה עליו כשבועה שאף לדעת רבינו הוא הרשב"א שהביא הבית יוסף בסימן רצ"א דשומר שכר שמסר לשומר חנם ואין השני רוצה לישבע או שהלך לו שהראשון פטור ואפילו הלה תובעו שהרי בגניבה מפני שזה טוען איני יודע אם נגנבה והוא חייב או אם נאנסה או אם מתה והוא פטור · והוי ליה כמנה לי בידך והלה אמר איני יודע אם נתחייבתי לך דפטור · וגם הרא"ה שהביא הנ"י סובר ג"כ כדברי הרשב"א כמו שכתב הש"ך בסימן הנ"ל ס"ק מ"ד · היינו דוקא כשיש ספק אם שמר כראוי שמסר לו לשמור למי שהבעלים רגילים להפקיד אצלו · אבל כשאמר השומר השני שפשע דכיון דהאמינו עליו ס"ל הרשב"א גם כן שחייב השומר הראשון · דאם לא כן היה ליה להרשב"א לאשמועינן רבותא יתירה דאף אם אומר השומר השני שפשע ג"כ פטור השומר הראשון · ומדנקט רק אם השני רוצה לישבע או כדומה לזה כדכתבתי לעיל לשונו · משמע דוקא רק כשיש ספק בדבר אם שמר כראוי או לא · אבל אם אמר בפירוש השומר השני שלא שמר כראוי על זה לא פליג הרשב"א על דעת רמב"ן וסייעתו דס"ל דחייב השומר הראשון · ואף שכתב הגהת אשרי סוף פרק קמא דגיטין ראובן שלח מנה לשמעון בשומרו ט' · ועל ידי אותו שליח החזירו שמעון · ונאנס בדרך וכו' דאפילו למ"ד שומר שמסר לשומר חייב · משום דאין רצונו וכו' או משום דאת מהימנת לי וכו' הכא פטור דהא הימניה ראובן לשליח ואפילו אם נאנס השליח בדרך אם אין עדים שנאנס ממנו פטור הנפקד דמצי למימר לדידי לא מהימן בשבועה אם הימניה וכו' ולפי דעתי יש בהגהת אשרי טעות סופר שבמקום שכתב אפילו אם נאנס צריך לומר אפילו אם פשע · ובמקום שכתב אם אין עדים שנאנס צריך לומר אם אין עדים שפשע · וכן ראיתי שבשאלות ותשובות [illegible] הגהת אשרי הזה (בסימן רצ"א ס"ק י"א) שמעתיק ג"כ הגהת אשרי אפילו אם אומר השני בפשיעה נאבד · ומסתמא כיון שהגהת אשרי הנ"ל כי השבתי [illegible] דבריו דאף אם אומר השני בפשיעה נאבד ג"כ פטור אם אין עדים שפשע אעפ"כ אין סתירה לדברי דאדרבה מוכח מדבריו כדברי מדכתב הטעם משום הכי פטור השומר הראשון משום דאמר ליה להבעל הבית את האמנתיה לדידי נמי הימן לי בשבועה · פירוש דהיון דשלח על ידו לשמעון לשו׳

הרי חזינן דהדס נאמן הוא אצלו אבל הכא לא יוכל לומר את האמתיות להשומר השני דהא הבעל הבית אינו רגיל להפקיד אצלו אלא לגבי הנפקד הוא מסימן שעשאו שליח לרכוב על החמור שהשאל עם ממונו · וכיון דהשליח אומר שפשע חייב המשאיל כיון שהוא המינוהו כמו שאמרינן בגמרא בגיטין (דף ס"ד) רב חסדא אמר שליש נאמן דהא הימניה עכ"ל הגמרא ופסקו דהלכה כרב חסדא כידוע · והשליח עדיפא יותר משליש דהא הוא לבדו הימניה ולגבי איש שהימניה הוא נאמן יותר ממנו אפילו אם מכחישו בברי כדאיתא בגמרא שם בהדיא · ומכל שכן הכא שהמשאיל מהימניה להשליח ואינו יודע להכחישו ובודאי נאמן השליח · ולפ"ז לא נוכל לומר דהרא"ש מיירי בשליח אומר שפשע · דהא בלאו האי טעמא שכתב שהמשאיל פשע משום זה חייב דהא איכא טעמא עדיפא שחייב המשאיל כיון שאומר השליח שהוא פושע והוא הימניה · ואם נאמר דהרא"ש מיירי שהשליח אומר שמת כראוי ורוצה לשבע למה כתב הרא"ש שחייב המשאיל כיון שכתבתי דאם הפקיד השומר הראשון לגבי אדם שנאמן אצלו שמוסר ג"כ לשמור ממונו פטור דדמי כמפקיד אצל אשתו ובניו · ה"נ דמי השליח לזה אלא ודאי מיירי הג"י כשהשליח אינו יודע אם פשע אם לא לכן כתב בלשונו והדבר ספק אם מתה בפשיעה או באונס פירש שאי אפשר לברר בשום אופן ונשאר הדבר בספק לכן כתב דחייב · וטעמא שהרי הוא פושע עליה שנתן לשלוחו אף שכתבתי בשם הש"ך דדעת הרא"ש כדעת הרשב"א שפטור אם השומר השני שרגילים הבעלים להפקיד אצלו אינו יודע אם פשע או לא פטור השומר הראשון · היינו דוקא התם דכיון שהשומר השני רגילים הבעלים להפקיד אצלו דומה ממש כמו שנאבד אצל השומר הראשון ואינו יודע אם נאבד בפשיעה או לא · דכיון דהניחה נאמנים כמה אצל המפקיד · מה שאין כן הכא דהבעל הבית יכול לומר לגבי דידי השליח לאו אדם נאמן הוא · ואף שאתה אומר שהשליח אדם נאמן הוא דהא גם אנכי מסרתי לו את ממוני זה אינו מועיל רק כשהשליח יודע בבירור איך נאבד מה שאין כן כשיש ספק אצל השליח אם נאבד בפשיעה או לא אף שלדעת הרא"ש הוא פטור מן השאלה בטענו אינו יודע כמו שכתבתי מ"מ לגבי הבעל הבית שהפקיד אצל השואל יכול לומר השואל אף אם אתה מחית נפשך לספיקא שבעת שמסרת להשליח ממונך אם יטעון השליח שאינו יודע פטור · אנכי לא מחית לנפשי לספיקא רק לגבי דידך שאתה ידוע לאיש נאמן אצלי ובודאי תשמור כראוי ולאו מילתא דשכיחא גבך שאינו יודע לך איך נאבד דאין כל הנאמנים שוים בטבעם שזה זהיר יותר מזה · ולהסביר לך יותר זה הסברא דמלינו פלוגתא בקדושין (דף ס"ד ע"ב) ובנדרים (דף ס"א) פלוגתא דר"מ ור"י דחד סובר מחית איניש נפשיה לספיקא וחד סובר דלא מחית איניש נפשיה לספיקא · הרי חזינן דלא כל הטבעים שוין · דזה מחית נפשיה לספיקא וזה לא מחית נפשיה לספיקא · דאל"כ לא הוי פליגי ר"מ ור"י · וכיון שיכול לומר הנפקד להשואל אנכי לא מחית נפשי לספיקא למסור חמורי לכן אתה פושע הוא במסרת את חמורי לאדם שאנכי מסופק בו אם פשע אם לא לכן חייב · וזה מדוקדק בלשון הרא"ש שכתב הג"י שהרי הוא פושע עליה שנתן לשלוחו שהרי אין השואל רשאי להשאיל לפ"ז ג"כ אתה לא היה רשאי למסור לאיש שאנכי מסופק בו אם פשע או לא · אך זה היה דוקא בשספק הוא אם נאבדה בפשיעה או לא · אבל היכא דהספק אם נאנס או מתה מחמת מלאכה זה הספק אינו מרע כלל להשליח במתוך זה ידעינן דלאו אדם נאמן הוא כל כך דבשלמא כשהספק הוא אם נאבדה בפשיעה או לא בין לשיטת הרמב"ם דס"ל דפשיעה מזיק ממש הוא או כמו מזיק הוא לפי שיטת הש"ך בסימן ש"ו ס"ק קכ"ו והאי מדספק להשליח אם פשע או לא לאו איש נאמן כל כך דהאיך פשע בממון שאינו שלו · ואף לדעת הראב"ד בהשגות רפ"ב מהל' שכירות ג"כ הסברא נותנת מדפשע בממון שאינו שלו דאינו נקרא נאמן כמובן ·

לכן פשע השאלה שמסר לאיש שאינו נאמן כל כך דאין השואל רשאי להשאיל ולקמן אי"ה אביא ראיה מהשיטה מקובלת בריש ב"מ שאף כשמסר להשומר השני הי' מוחזק לאיש נאמן ואח"כ נתודע שאינו נאמן מקרי פשיעה דכיון שאינו ממונו לא הי' לו למסור לאיש כזה משום הכי חייב השאלה אף כשמסר לו היה מוחזק לאיש נאמן והראיה שמסר לו ג"כ ממונו מ"מ ממון חבירו מחויב שמירה מעולה יותר מזה שהרי אמרו אין השואל רשאי להשאיל אף לאדם שמוחזק לנאמן · אף שכתבתי שאין אדם רוצה שישמור השומר ממון של הפקדון יותר מממונו · מ"מ כיון דאח"כ הוברר שאין אדם נאמן מקרי פושע כשמסר להם כדאביא אי"ה לקמן ראיה משיטה המקובלת הנ"ל בפירוש השני בדברי הג"י · מה שאין כן היכא דידעינן שלא פשע השליח רק ספק לנו אם מתה באונס או מחמת מלאכה בזה לא ירע חזקתו של שליח שלאו אדם נאמן הוא כל כך דהא אונס יכול ליארעות אף לאדם שנאמן ביותר לכן פטור השאלה כיון שגם ממונו מסר להשליח והוי כמו שהפקיד אצל אשתו ובניו כמו שכתבתי · ואף שאין אנו יודעים האיך נאבד מ"מ הוי כמו איני יודע אם נתחייבתי לך דסובר כשיטת הרשב"א הנ"ל · ובדרך קצרה נראה לי לפרש דברי הג"י דמיירי כשהמפקיד טוען ברי שנאבד בפשיעה כמו שכתב הסמ"ע ז"ל בהגוזל בתרא סימן ג' להד לד דהג"י מיירי שטען המשאיל ברי לי שפשעת כגון שהלך מרחוק ומה שהקשה ע"ז אם כן אפילו גבי דידיה נמי מחויב דהוי כהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דהא את חייב ליה להשיב בשמתו ובטענת ספק רוצה לפטור עצמו נגד טענת ברי ומחמת זה מיאן מלפרש דהרא"ש מיירי שטוען ברי · וכבר כתבתי לעיל דלא דמי הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דשומר אינו מחויב להחזיר רק כשהבהמה בעין אבל כשמתה מחמת מלאכה אינו מחויב להביא עדודה לב"ד עיין בב"ק (דף י"א ע"א) · וזה הראיה הביא הקצות החושן בסימן ש"מ ס"ק ד' מהג"י שם פרק קמא דב"ק · ולפ"ז הוי אם יש ספק אם מתה באונס או מתה מחמת מלאכה כאיני יודע אם הלויתני · דכיון דמתה מחמת מלאכה נעשית ממילא ואין צריך השומר לעשות שום מעשה · לפ"ז לא דמי לאיני יודע אם החזרתיך דשם צריך השומר לעשות מעשה והוי כמו שידוע בודאי שלא החזיר (עיין בדברינו לעיל באריכות) לכן נוכל לומר דהג"י בשם הרא"ש מיירי כשהמשאיל טוען ברי שהלך מרחוק שנאבד בפשיעה כפירוש הקצות החושן בשם דברי הרא"ש · לכן דקדק הג"י בשם הרא"ש בלשונו שהדבר ספק אם נאבד בפשיעה או לא אז הוא השאלה חייב דכיון שהמשאיל טוען ברי שנאבד בפשיעה פשע השאלה שמסר להשליח · ואף שגם ממונו ג"כ מסר לו וכתבתי לעיל שדומה למפקיד על דעת אשתו ובניו מ"מ אם טוען ברי שפשע מקרי השאלה פושע מה שמסר לאיש כזה שאף שבשעה שמסר היה מוחזק לנאמן אצלו והראיה שמסר ג"כ ממונו מ"מ כשטוען ברי המשאיל שפשע חייב דמקרי השאלה פושע כמו שכתב השיטה מקובלת בב"מ (דף ג') בד"ה אף על גב דקא משתבע לי לא מהימן לי ולא דמי למ"ד שומר שמסר לשומר פטור ולא מחייב ליה משום דהאיך לא מהימן ליה בשבועה שהרי מ"מ לא פשע שהרי מסרה לבן דעת ותירץ דהכא קים ליה לחנוני דפועל נשבע לשקר מהר"י כ"ץ ז"ל עכ"ל הרי מוכח בהדיה כדברי · לפ"ז מיושבין דברי הג"י בשם הרא"ש בדרך נכון וברור :

ולפי מה שכתבנו יתורץ קושיות הדברי המשפט בסימן קפ"ה הנ"ל שכתב להקשות לפי דבריו שהמשאיל יכול להוציא מיד השואל השני · מהא דאמרינן בב"מ (דף ל"ו ע"א) דאגרא פרה מחבר והדר נסבה ואליבא דרבנן דאמר שואל משלם לשוכר לא תבעי לך כי תבעי לך אליבא דרבי יוסי דאמר תחזור פרה לבעלים ראשונים היכא ספיקא אם בעל שואל הוא וחייב באונסין או שוכר הוא ופטור מאונסין ואמאי הא אף לרבנן דאמרי שואל משלם לשוכר · מכל מקום יש ספק

שפק אם בעל שואל הוא או שוכר והיכא דבעלים לא נתנו לו רשות להשאיל מודים רבנן דשואל משלם לבעלים לפי דבריו דיכולים הבעלים להוציא מיד השואל השני ולפ"ז השואל השני הוי כמו שגזלו בעלים וכדהביא ראיה לדבריו מסמ"ע סימן ל"ב עיי"ש שהאריך בזה ואנכי קצרתי כעת בדבריו ואי"ה אכתוב לקמן בדבריו מה שנראה לי וא"כ איכא ספק אם בעל שואל הוא או שוכר הוא אף לרבנן · ומה שתירץ על זה דהאשה כיון דדרכה להגנא לבעל הוה כמו שמפקיד על דעת אשתו ובניו · וליכא למימר האיך לא מהימן לי עיי"ש תירוצו באורך אינו מובן לי לפי מאי דאיתא במסכתא בבא בתרא (דף קל"ע ע"א) שלח ליה אבוה בר גניבא לרבא ילמדינו רבינו לווה ואשלה ועמדה וגבאת בעל לוקח הוי או יורש הוי לוקח הוי ומלוה על פה אינו גובה מן הלקוחות או דילמא יורש הוי ומלוה על פה גובה מן היורשים ומסקנא שם הבעל לפעמים דינו כיורש ופעמים דינו כלוקח היינו היכא דליכא פסידא לאחר דינו כלוקח או אפילו אם איכא פסידא לאחר אלא דהוא הפסיד לעצמו אז דינו כלוקח אבל אם איכא פסידא לאחר ולא הפסיד לנפשו דינו כיורש וס"ל לכמה פוסקים דדינו כאן כיורש משום פסידא דמלוה · והרי"ף והרמב"ם והרא"ש ס"ל דלא אפשט הבעיא כי י"ל המלוה הוא דהפסיד לנפשו דהלוה לאשה העומדת להנשא (עיין באבן העזר סימן צ"א סעיף ד' ובבית שמואל שם ס"ק ט' ובח"מ סימן קי"ב סעיף ה' ובש"ך ס"ק ו') · ולפ"ז לפי דעת כמה פוסקים היינו הרב רבינו הגדול גאון ורשב"ם סוף פרק יש נוחלין והמרדכי שם והגהת אשרי שם בשם רבינו ברוך ואור זרוע ורבינו אליעזר ב"ר נתן בתשובות סימן קט"ו (דף מ' ע"ד) · וכן דעת התוספות בנדרים (דף ל"ס ע"ב) · דאדם חייב לפרוע חוב אשתו שהיא חייבת קודם · לכן אם הכניסו לו קרקע או מטלטלים לאחר כן מתקנות הגאונים · וכן דעת רא"בי"ה הביאו הגהת אשרי פרק החובל עיין בש"ך שם שהביא את הפוסקים האלו · ולפי דעתם דעשו חכמים לבעל כיורש לדבר הזה · ויכול הבעל חוב שלוה לאשה קודם שנשאת לגבות מן הבעל דפליגי על הרי"ף והרמב"ם והרא"ש · בודאי המה סוברים דלא אמרינן דמלוה הוא דאפסיד אנפשיה דהלוה לאשה העומדת לינשא · דאל"כ למה עשו חכמים הבעל כיורש לפי דעתם · דהא היכא דנוכל לומר דאיהו הוא דאפסיד אנפשיה עשו חכמים הבעל כלוקח כדאמרינן בסוף פרק יש נוחלין · וכיון דלשיטת הנ"ה וסייעתו דלית להו הך סברא דהמלוה אפסיד אנפשיה וכו' מוכח מזה דלא אמרינן זאת הסברא דהאשה עומדת לינשא · דאל"כ הא המלוה אפסיד אנפשיה למה עשו חכמים הבעל כיורש כמובן · וכיון שכן קושיות הדברי המשפט במקומה עומדת להנך פוסקים הנ"ל :

ולפי מה שהוכחתי דתירוצו של דברי המשפט לא נוכל לומר להנך פוסקים הנ"ל יהיה נמי קשה על דברי השיטה מקובצת דהא דאמר רבא לדידי ליכא לאותביה כלל · כיון דטעם הוא דשומר שמסר לשומר חייב משום דהאיך אינו מהימן לי · ואם כן דוקא אם פשע ויצאה לאגם ומתה כדרכה פטור · דאמרינן מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם · אבל אם מסר לשומר אחר הוי כגנב או גזלן וקמה ברשותו וחייב באונסין אף אם מתה כדרכה · ואם כן אמאי אין שוכר משלם לבעלים · הא כיון דמסרה לשואל הוי כגנב או גזלן וברשותו הוא וחייב אף באונסין ומשום הכי לריכין לאוקמי דאיירי דנתנו לו בעלים רשות להשאיל כן כתבו רמב"ן והרשב"א עיין שם · א"כ קשה הא דאמרינן בב"מ אליבא דרבנן דאמרי שואל משלם לשוכר לא תבעי לך ואמאי הא לרבנן דאמרי שואל משלם לשוכר היינו אם נתנו לו בעלים רשות להשאיל אבל אם לא נתנו לו רשות להשאיל אף רבנן מודים דשואל חייב לשלם לבעלים · וא"כ איכא ספיקא אם בעל שואל הוא או שוכר הוא אף לרבנן כגון דאגרא והדר נסבה וכיון דבעלים לא נתנו לה רשות להשאיל לאחר אם כן אם בעל שואל הוי חייב אף באונסין · דהא ל"ל שאילה בבעלים הוא ·

כיון דבעל חייב לשלם לבעלים · וכיון דבעל הוי שואל חייב באונסין · ואם הוא שוכר פטור מאונסין · ומה שתירץ על זה הדברי המשפט כיון דאשה עומדת לינשא הוי כמו שמפקיד על דעת אשתו ובניו · וכבר הוכחתי מהנך פוסקים הנ"ל דלית להו הך סברא · וזה דוחק לומר דפליגי הרמב"ן והרשב"א על הפוסקים הנ"ל וא"כ קושיות הדברי המשפט על השיטה מקובצת קמה על מקומה · ונראה לפענ"ד לתרץ השני הקושיות הנ"ל · לפי מה שכתבתי לעיל בשם הגהת מרדכי דהא דהיתומים משתמשים בהפרה כל ימי שאלתה · משום דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד · ומה שהקשה על זה הבעל מהגה אפרים דהא תינח היכא דהניח בנים דשייך האי טעמא · אבל אם מת בלא בנים וירשו אחרים לא שייך להאי טעמא אמאי ישתמשו בה · ישבתי זאת לפי מאי שהוכחתי דלאו דוקא בנים אלא הו"ה אחרים · וגם לפי מה שישבתי דברי הב"י בשם הרא"ש ג"כ מוכח דלאו דוקא הוא הא דאמרינן על דעת אשתו ובניו אלא הו"ה אחרים שהמה מאנשי ביתו ונאמנים לגביה שמוסר ממונו ג"כ להם לשמור אמרינן ג"כ דעל דעת כן הוא מפקיד שיוכל למסור להם הפקדון · וזה נכלל בכלל הא דאמרינן כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד ועיין ; כל זה בדברינו דלעיל ששם נתבארו הדברים היטיב · ולפ"ז לא קשה השני הקושיות של דברי המשפט דודאי בעל נאמן הוא אצל אשתו · וכל מה שיש לה מוסרה אצלו ומפקיה ומשגיח על כל נכסיה · ובפרט הנכסי מלוג שיש להבעל פירות בודאי ישמור ממונה כמו ששומר את ממונו · לכן גם הבעל בכלל בניה כמו דמפקיד על דעת בניה כמו כן הוא מפקיד על דעת אנשי ביתה דנאמנים המה לגבה שמוסרה ממונה להם לשמור כמו שכתבתי לעיל · ומכל שכן בעלה שנשאה אח"כ הוא בודאי נאמן לגבה בודאי ג"כ על דעתו מפקיד שתוכל למסור אותה הפרה השאולה לבעלה · ולפ"ז לדברי הגהות מרדכי ליכא שום ראיה מהך דריש פרק הגוזל בתרא מהא דהיתומים משתמשים בה כל ימי שאלתה · ולא נוכל להוכיח מינה דאין המשאיל יכול להוציא מיד השואל השני כמו שהוכיח הבעל מחנה אפרים בהלכות שאלה ופקדון שהבאתי לעיל · דהתם שאני משום דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו וכו' · ומשום הכי אינו יכול המשאיל להוציא מיד היתומים אבל מיד השואל השני יכולים להוציא :

דהבעל מחנה אפרים הביא דברי הגהת מרדכי מהלכות שכירות סימן י"ע וגם לפי דברי הרשב"א בתשובה סימן אלף וקמ"ה שכתב דמה שאמרו אין השוכר רשאי להשכיר ואין השואל רשאי להשאיל אלא במטלטלים · ובמטלטלים שאין דרכן של בעלים להשתכר ולהשאיל עמהם מפני שיכול להבריחם ואין אדם רוצה שיהיה מטלטליו אצל אחרים · אבל מטלטלין שעשוים להשאיל ולהשתכר בהם הרי זה משאיל ומשכיר לאחרים · וראיה מהשוכר את הספינה ופירקה בחצי הדרך נותן לו שכרו של חצי הדרך ואוקמוה דפירקה בנוה · ומאי תרעומות משום שינוי דעתא · ולא בשכירות בלבד אמרו אלא אפילו בשאלה שלא תאמר מי שהשאיל לא היה בדעתו להשאיל ולעשות חסד אלא לזה · דגרסינן בפרק אלו נערות הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשים בה כל ימי שאלתה עכ"ד · והביאו הבעל מחנה אפרים בהלכות שכירות הנ"ל והקשה עליו דנראה מתוך דבריו דבהמה סתמא עומדת להשאילה ולהשכירה לאחרים מדמייתי ראיה מהביא דפרק אלו נערות דמשתמשין בה כל ימי שאלתה · ואם הדבר כן הקשה עליו מהשיא דפרק המפקיד (דף ל"ו ע"א) דאוקמא למתניתין כשנתן לו רשות להשאיל · ולפי דברי הרשב"א ניחא · אף בלא נתן רשות · ואם נאמר דמייתי משם שלא תאמר מי שהשאיל לא היה בדעתו לעשות חסד אלא לזה ולא ליורשין והוי כמי שהתנה בפירוש שלא יהא רשאי להשאיל ולהשכיר לאחרים · מ"מ עדיין קשה דנראה דאין ראיה משם · דנימא דהתם שאני משום דכל המשאיל על דעת אשתו ובניו הוא משאיל כמו שכתב הגהת מרדכי שם · ולי נראה דדברי הרשב"א נכונים

המה

המה · בין אם נאמר דמייתי ראיה באופן השני שכתב הבעל מתנה אפריים · ומה שהקשה דהתם טעמא אחרינא איכא כמו שכתב הגהת מרדכי נראה לפענ"ד דהרשב"א לא ניחא ליה בהך טעמא שכתב הגהת מרדכי אף דאמרינן בכמה דוכתי כל המפקיד על דעת וכו' היינו דוקא התם דאם אשתו ובניו לא ישמרו כראוי יתחייב לשלם · עיין בחו"מ סימן רנ"א סעיף כ"ד דליכא מאן דפליג דאחד מהם או הנפקד או אשתו ובניו חייב לשלם · מה שאין כן הכא ביתומים לא נוכל לומר דעל דעתם ג"כ הוא מפקיד דהא אם מתה פטורים המה מלשלם · כמו שאיתא בגמרא בהדיא ועל דעת שיפטרו מלשלם לא השאיל דהא כל שואל חייב באונסין · לכן לא ניחא ליה להרשב"א הטעם שכתב הגהת מרדכי · ולפ"ז מביא ראיה דמהתם מוכח דלא נוכל לומר מי שהשאיל לא היה בדעתו לעשות חסד אלא לזה והראיה הוא מכל שכן דמה התם דאין היורשים חייבים באונסין ואפילו הכי לא אמרינן דלא השאיל אלא למורישם · מכל שכן הכא כשגם השואל השני נתחייב באונסין בודאי לא אמרינן שלא השאיל אלא לראשון ולא לשואל שני · וגם נוכל ליישב האופן הראשון שכתב הבעל מתנה אפריים דמביא הרשב"א ראיה דבהמה סתמא עומדת להשאילה ולהשכירה לאחרים מהא דיתומים משתמשים כל ימי שאלתא · והא דפריך בפרק המפקיד על המתניתין דהשוכר פרה להבירו לימא ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אף דבהמה סתמא עומדת להשאיל ולהשכיר · מ"מ הפרה השנויה במתניתין אינה עומדת להשאיל ולהשכיר דהמשכיר לא שביד למיגר רק שאירע פעם אחד שהשכרה · דאל"כ האיך אמר רבי יוסי כיצד הלה עושה סחורה וכו' אלא תחזיר פרה לבעלים כיון דסתם פרה עומדת להשאיל ולהשכיר היה ליה להמשכיר להתנות שלא ישכירוה ולא ישאילוה לאחרים דהשוכר נקרא מוחזק כל ימי משך השכירות כדהוכחתי מתוספות דסוף פרק השואל שהבאתי לעיל דהשוכר מיקרי מוחזק בתוך ימי השאלה אף לתירוץ הראשון של התוספות שם · ולפי זה הוי ליה להמשכיר להתנות דהוא מיקרי מוציא כדכתב הרא"ש בפרק האומנין והבאתי לעיל ומדלא התנה המשכיר שלא ישכירוה לאחרים ולא יעשה סחורה בפרתו יכול השוכר לעשות סחורה בפרתו ואמאי קאמר ר' יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו אלא תחזור פרה לבעלים הא מדלא התנה השואל צריך לשלם להשוכר כדס"ל לתנא קמא אלא ודאי דהפרה השנויה במשנתינו אינה עומדת להשאיל ולהשכיר · ודוחק לומר דלעולם מיירי בסתם פרה העומדת להשאיל ולהשכיר · והא דלא התנה המשכיר עם השוכר שלא יעשה סחורה בפרתו כי אין צריך על זה שום תנאי דאומדנא דמוכח הוא דאין אדם רוצה שיעשה סחורה בפרתו · כי יש דברים שאינם צריכים תנאי ואפילו גילוי דעת אין צריך והוה כמו שהתנה בשארי דברים בתנאי כפול כתנאי בני גד ובני ראובן כגון שטר מברחת בכתובות (דף ע"ח) ולקח מן השוק וכו' (בדף נ"ה) שם והכותב כל נכסיו לאשתו וכו' בב"ב (דף קל"ג) ושכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים שם (בדף קמ"ו) והמקדש אחותו בקדושין (דף מ"ו) הביאו הראשונים אלו השוגיות בתוספות והרא"ש (בדף נ"ז) עיי"ש בתוספות בד"ה זבין וכו' והרא"ש שם בסימן ט' דבכל אלו אף דלא התנו אנן סהדי דלהכא איכוין וה"נ סובר ר' יוסי כיצד הלה עושה סחורה וכו' דאין צריך שום תנאי דאנן סהדי שאין רצונו שיעשה סחורה וכו' · אך זה אינו מדכתבו הראשונים טעמים שונים באיזה סברא פליגי ת"ק ור' יוסי עיין בתוספות והרא"ש על הך סוגיא דפריך רב אידי להביי הא עיקר הטעם דרבי יוסי דאנן סהדי דלהכי איכוין לפי דרך זה · ולמה כתבו הראשונים טעמים שונים מזה דהא מה שכתבו אין זה עיקר טעמו של ר' יוסי לפי דרך זה · אלא ודאי דר' יוסי ג"כ סובר דהוי כמו שאר דברים דלא הוי כאילו הותנה בתנאי כפול · לכן כתבו טעמים אחרים מפני מה אמר ר' יוסי כיצד הלה עושה סחורה וכו' וכיון שכן ע"כ הפרה השנויה במשנתינו אינה עומדת להשאיל ולהשכיר · דאל"כ היה צריך להתנות שלא יעשה סחורה ולמה סובר ר' יוסי דאינו יכול לעשות סחורה אלא

ודאי כדהוכחתי לעיל דהפרה השנויה במשנתינו אינה עומדת להשאיל ולהשכיר ומשום זה סבירא ליה לר' יוסי דאין צריך המשכיר להתנות שלא יעשה סחורה בפרתו כיון דאין השוכר והשואל רשאין להשכיר לכתחילה סמך על זה שבודאי לא יעשה השוכר איסור ולא ישאילנה לאחר אבל מן הסתם בהמה עומדת להשאיל ולהשכיר כדברי הרשב"א וכדהביא ראיה לזה מהא דיתומים משתמשים בה כל ימי שאלתה · וכיון דישבנו דברי הרשב"א באופן דסבירא ליה דסתם בהמה עומדת להשאיל ולהשכיר · לפי זה בודאי ליכא ראיה דאין המשאיל יכול להוציא מיד השואל השני מהא דיתומים משתמשים בה כל ימי שאלתה דהתם שאני דסתם בהמה עומדת להשאיל ולהשכיר · ואדעתא דהכא השאילה לו כמו שכתב הרשב"א דהא דאין השואל רשאי להשכיר היינו דוקא במטלטלין דיכול להבריחם אבל מטלטלין שעשוין להשאיל ולהשכיר כגון בהמה הרי זה מהשאיל המשכיר לאחרים :

פרח כד אות ד

וביון דאתא לידן תשובות הרשב"א אכתוב מה שאינו מובן לי דבריו · דהביא ראיה דמטלטלין העשוין להשאיל ולהשכיר יכול להשכיר השוכר לאחר מדתנן פרק אחרון של מעשר שני (דף ע"א ע"ב) ומייתינן לה בפ"ק דב"מ (דף י"א ע"ב) מעשה ברבן גמליאל וזקנים שהיו באיסכספינה אמר רבן גמליאל עישור שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף שיזכה בו לעניים ומקומו מושכר לו אמר רבי יהושע עישור שאני עתיד למוד נתון לרבי אליעזר בן עזריה ומקומו מושכר לו ונתקבלו שכר זה מזה ע"כ דבריו · ומפני קוצר דעתי אינו מובן לי דבריו הקדושים · דהא איתא בסוכה (דף מ"א ע"ב) ג"כ מעשה ברבן גמליאל ורבי יהושע ורבי אלעזר בן עזריה ורבי עקיבא שהיו באין בספינה ולא היה לולב אלא לרבן גמליאל בלבד שלקחו באלף זוז נטלו רבן גמליאל ויצא בו ונתנו לר' יהושע במתנה נטלו ר' יהושע ויצא בו ונתנו לרבי אלעזר בן עזריה נטלו ר' אלעזר בן עזריה ויצא בו ונתנו במתנה לר' עקיבא נטלו ר' עקיבא ויצא בו והחזירו לרבן גמליאל ע"כ לשון הגמרא · וכתבו התוספות ע"ז בד"ה ואם לאו לא יצא ומה שלא החזירו ר' יהושע לרבן גמליאל אלא נתנו לר' אלעזר בן עזריה ור' אלעזר בן עזריה לר' עקיבא דעתו של רבן גמליאל היה שיצאו כולם ואח"כ יחזירוהו עכ"ל · הרי חזינן בתנאים כאלו כיון דלא שני בלאו הכי אינו צריך להתנות דמסתמא דעתו לזה דאל"כ לא יוכלו לעשות המצוה · הכי נמי בהך מעשה דרבן גמליאל ור' יהושע וכו' דב"מ כיון דלא סגי בלאו הכי דודאי גם ר' יהושע ישכיר את מקומו במונחים המעשר שנתן לו רבן גמליאל בין לפירש התוספות דפירשו דשנת הביעור היתה ועשה כן כדי לקיים מצות הביעור עיי"ש בתוספות ב"מ (דף י"א) בד"ה עישור וכו' · וכיון דלא סגי בלאו הכי שגם ר' יהושע צריך לקיים מצות ביעור בודאי דעתו של ר"ג שישכיר את מקומו שהמעשר מונחים שם כדי שיקיים ר' יהושע מצות ביעור וכן דעתו של ר"ג שיעשו גם השארי תנאים כך · ואף אם נימא שיפרש כפירש"י שם ובקדושין (דף כ"ז) פירש רש"י באר היטיב בד"ה מקומו מושכר וכו' ואף על פי שעדיין לא הופרש קריאת שם הוא מאשור לעשות לחבירו דבר שאינו מתוקן וכו' עכ"ל ג"כ דעתו של רבן גמליאל שישכיר ר' יהושע את מקומו דהזקה על חבר וכו' · ואף אם נאמר דפירש רש"י כדפירש"י בסוגיא בתוס' שם (בדף כ"ו ע"ב) בד"ה מעשה וכו' שרבן גמליאל היה ממהר לתרום בעודו בספינה שהיה ירא שמא יאכלו בני אדם ממנו ויסמכו עליו וסבורים דתרם דחזקה על חבר שאינו מוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן · ג"כ צריכין לומר דר' יהושע לא סגי בלאו הכי שלא ישכור את מקומו לר' אלעזר בן עזריה דאל"כ למה השכיר את מקומו · וצריך לומר אף לפירש זה דאף שהמעשר היה בביתו של רבן גמליאל ולא היה לר' יהושע למירחש אולי יאכלו בני ביתו · מ"מ נתן לר' אלעזר

בן

בן עזריה והשכיר את מקומו כדי שלא יאכלו בני ביתו של רבן גמליאל מן המעשר · שכל זמן שלא הופרש תרומה גדולה מן המעשר הרי הן בטיבלן ואם זר אוכלן חייב במיתה · ומשום הכי נתן לר' אלעזר בן עזריה התרומה גדולה · והשתא ניחא השם שמא יאכלו בני ביתו של רבן גמליאל דגזל לומר דשכירא ליה מעשר ראשון מותר לזרים · ולכל הפחות לאו איסור חמור הוא דטבל במיתה ומעשר ראשון אף אם אסורה לזרים הרי הוא בלאו · כל זה אני כותב בהשקפה ראשונה כי אין רצוני כעת לעיין בזה ועיין בתוס' הנ"ל שכתב מיהו יש לתרץ וכו' · וזה התירוץ עולה גם לר' יהושע ודו"ק :

ולפי מה שכתבנו לעיל ליישב דברי הרשב"א דלא קשה עליו מפרק המפקיד הנ"ל דטעמא דר' יוסי דאמר כילד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו משום דאדעתיה דהכי לא השכיר לו שיעשה סחורה בפרתו ואין המשכיר צריך להתנות עם השוכר שלא יעשה סחורה בפרתו · דכיון דאין השוכר רשאי להשאיל סמך ע"ז שבודאי לא יעבור השוכר על איסור · ומשום הכי לא התנה המשכיר עם השוכר שלא ישאיל ויעשה סחורה בפרתו ניחא גם דברי הבעל נ"י פרק כילד הרגל שהביא הבעל מחנה אפרים בהלכות שכירות הנ"ל וז"ל הנ"י היכא דהמשכיר שכרה בזול והוא שכרה לאחר ביוקר אם לא היה רשאי לשכרה לאחר כגון שהיה מרובין בני ביתו של זה האחר הדין נותן שיהא מותר השכירות לבעלים · דאיך יעשה זה סחורה בביתו של חבירו כדאמרינן בפרק המפקיד אליבא דר"י והוא הדין הכא אבל אם רשאי לשוכרה כגון שהתנה עמו : או שלא היה בני ביתו של זה השוכר השני מרובים מן הראשון נראה שהריוח למשכיר דזה נהנה וזה אינו חסר ולא דמי לפרה דר"י שאין השוכר רשאי להשאיל ולהשכיר עכ"ל · והקשה עליו הבעל מחנה אפרים על מה שכתב דטעמיה דר' יוסי משום שאין השוכר רשאי להשאיל · דהלא התם בגמרא בפרק המפקיד אוקמוה למתניתין בשנתן לו רשות להשאיל ואפילו הכי פליג ר"י ואמר היאך יעשה סחורה בפרתו של חבירו · ולפי דברינו יתיישב · דכיון דאם לא נתן רשות להשאיל לא היה רשאי להשאילה · ומאי דפירש המשכיר פירש אבל מאי דלא פירש כגון שיעשה סחורה בפרתו בודאי אדעתיה דהכי לא השכיר לו כיון דאינה תלוי רק כפי מה שדברו זה עם זה בעת שכירה · ומאי דלא דברו בפירוש אין להשוכר זכות בהפרה · אם הפרה תחת יד אחרים · מה שאין כן בשכירות בית אם שכר לאחר שלא היה בני ביתו של זה השוכר השני מרובים מן הראשון שזה יכול להשכירה לאחר בלי שום רשות מהמשכיר בודאי הריוח מה שנותן השוכר השני להשוכר הראשון הריוח של השוכר כיון דאין צריך שום רשות מהמשכיר שיהיה מותר להשכיר לשוכר כזה שאין בני ביתו מרובים כמו שכתב הנ"י שם מה שנאמר עליו שישרער · ואי משום שקשה עליו מה שמרויח זה · והרי זה נהנה וזה אינו חסר · ולא דמי לפרה דר"י שאין השוכר רשאי להשכיר וכל שכן להשאיל ואף אם השכירה לאחר שהיה בני ביתו של השני מרובים מן השוכר הראשון וגם היה ריוח כנ"ל אף על פי שזה לא היה יכול להשכירה לאותו האיש כי אם כשהתנה השוכר להמשכיר שיכול להשכירה לאחר אף שיהיה בני ביתו של אחר מרובים יותר משלו · מ"מ לא דמי להך דר"י · דכיון שיכול להיות ריוח כזה אף אם משכירה לאחר שאינו בני ביתו מרובים אף אם השכירה לאחר שהיה בני ביתו מרובים והיה לו ריוח · כיון שהתנה שיכול להשכירה לאיש כזה · ג"כ שייך הריוח להשוכר · ולא שייך בזה לומר כדכתבתי לר"י שאף שנתן לו רשות להשאילה מה דפירש פירש ומאי דלא פירש אין להשוכר זכות · דהא הכא בהריוח לא מעלה ולא מוריד התנאי שגם בלא התנאי יכול להיות ריוח להשוכר אם השכירה לאחר שאינו בני ביתו מרובים והשוכר השני העדיף ליה בשכרו יותר מה שנתן הוא · ועיין במחנה אפרים שם בד"ה ונחזור ויכול להיות שלזה כוון בספר בני אהרן בספר ראשון אלא שאין הספר הזה תחת ידי · ומה שהשיג עליו הבעל מחנה אפרים וכתב אבל לפענ"ד אין נראה כן בדעת הנ"י שהנ"י דבריו ברורים ואפילו בהתנה אמרה להיכא דזה השני אנשי ביתו מרובים מן הראשון ואנכי כתבתי זאת בטוב טעם ודעת · [וגם נראה לפי ענ"ד ליישב דעת הנ"י · דהנ"י מפרש הך דפרק המפקיד בשנתן לו הבעלים רשות להשאיל · פירש בעת השכירות לא התנה שיהיה רשות להשאיל רק שכרה בסתמא · ואחר זה נתנו לו הבעלים רשות להשאיל · ומשום זה פריך הגמרא התם שפיר הכא לבעלים בעי לשלומי דכיון בעת ששכרה לא היה להבעלים רשות להשאיל ועומדת הפרה בחזקת המשכיר בשפרע הזה · לכן אף שאח"כ נתן רשות להשאיל הוי השוכר שלוחו של הבעלים · מה שאין כן כשהתנה בתחילת השכירות שיכול להשאילה לאחר עומדת הפרה גם בפרע הזה בחזקת השוכר ומשום הכי משלמין לשוכר · ולפ"ז אתא שפיר דברי הנ"י כשהתנה עם השוכר שיכול להשכירה לאחר שיהיה בני ביתו מרובים בתחילת השכירות הריוח שייך להשוכר · ומשום הכי כתב הנ"י ולא דמי לפרה דר"י שאין השוכר רשאי להשאיל ולהשכיר עכ"ל פירוש בתחילת השכירות לא היה השוכר רשאי להשאיל ולהשכיר לכן אף שנתן לו אח"כ רשות להשאיל מ"מ הריוח הוי של המשכיר אף דהשוכר הוי שלוחו של המשכיר וזה נראה לפענ"ד שהרב בספר בני אהרן בסימן ראשון לא כתב כדברי אך הספר אינו תחת ידי רק ראיתי בספר מחנה אפרים שם] וכיון שיישבתי דברי של הנ"י יכולים אנו ללמוד מה שנסתפק אצלינו לפי מה שבירנו דאין המשאיל יכול להוציא מיד השואל השני היאך הדין אם השואל השכיר לאחר למי שייך השכירות אם לו או להמשאיל דכמו שכתב הנ"י דאם השכירה לאחר שבני ביתו מרובים שמותר השכירות שייך להמשכיר · כיון שאינו רשאי להשכירה לאחר שבני ביתו מרובים ואיך יעשה זה סחורה בביתו של חבירו · הכא נמי כיון שאין השואל רשאי להשכיר לאחר אף אם עבר והשכירה לאחר הריוח הוא של המשאיל דאיך יעשה זה סחורה בדבר של חבירו · ולפי דברינו דאם עבר השואל והשאיל לאחר אין יכולים הבעלים להוציא מיד השואל השני מיושב קושיות הגאון ר' עקיבא איגער · וכתבתי לעיל באות ב' באריכות לבאר דברי אביי שהשיב לרב אידי מי שכרת שוכר בשבועה הוא דקא קני לה משעת מיתה הוא דקא קני ושבועה כדי להפיס דעתו של בעה"ב · דאף שלא נתן רשות להשאיל מ"מ מועיל מה שנתן דמי השכירות דהוי כמבורה אצל השוכר ומבואר לעיל באריכות באר היטיב · ויתיישב ג"כ קושיות הגאון ר' עקיבא איגער והגאון בעל דברי משפט · מה שכתבתי בהקושיא [ה] הנ"ל על פירש המשניות להרמב"ם עיי"ש · דאף לרבא דאמר הטעם דמשום הכי דשומר שמסר לשומר חייב משום דאת מהימנת לי באיך לא מהימן לי צריכין לאוקמי המתניתין דאיירי כשנתנו לו הבעלים רשות להשאיל · דאם לא כן יהיה נשאר קושיות רב אידי דפריך לאביי מכדי שוכר במאי קני לאו פרה בשבועה וגימא ליה משכיר לשוכר דל אנא ודל שבועתך ואנא משתעינא דינא בהדי שואל · ומה שהשיב ליה אביי · לא יתכן זאת לרבא · דלאביי מה דקתני במתניתין ישבע השוכר הוא רק מדרבנן אף שלא נתן רשות להשאילה כדהוכחתי לעיל שלאביי ולרב אידי קני להפרה משעת מיתה ושבועה הוא רק מדרבנן · אף שלא נתן רשות להשאילה רק כדי להפיס דעתו של בעל הבית · ואם נימא דהכא ג"כ מתרץ הקושיא של רב אידי כדמתרץ אביי האיך קאמר דמשום הכי שומר שמסר לשומר חייב משום דאת מהימנת לי בשבועה והאיך לא מהימן לי בשבועה הא אף אם השוכר אינו יכול לשבע כגון שאינו יודע · להך פוסקים היינו רמב"ן וסייעתו בסימן רצ"א שכתבתי לעיל דסברי דאם השומר אינו יכול לשבע שבועות השומרים הכתובה בתורה כגון שטוען איני יודע היאך נאבדה אם בפשיעה או לא דחייב לשלם · היינו דוקא היכא שמחויב השומר לשבע שבועת התורה ואינו יכול לשבע כיון שטוען איני יודע לכן חייב לשלם · מה שאין כן בשבועה

דקתני

דקתני במתניתין ישבע השוכר לפי תירוצו של אביי מוכרח הוא לומר שהוא רק מדרבנן אף בלא נתן רשות להשאילה כדי להפיס וכו' · ולפ"ז אף אם אינו יכול לשבע שמתה כדרכה כגון שטוען איני יודע ג"כ פטור השוכר מלשלם · ואיך קאמר רבא שומר שמסר לשומר חייב ובכלל זה יש ג"כ שוכר שמסר לשואל דחייב משום דאת מהימנית לי בשבועה וכו' · הא אף אם השוכר אינו יודע האיך מתה אם כדרכה או על ידי פשיעה ג"כ פטור · דלפי תירוצו של אביי בשוכר שמסר לשואל מה שהשוכר צריך לשבע הוא רק מדרבנן · וזה גלוי וידוע לכל דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לשבע משלם ומכל שכן בשבועת השומרים דכתבתי לעיל דדעת הרשב"א וסייעתו אם אין השומר יכול לשבע מן התורה ג"כ אינו משלם כמבואר בריש סימן ג"ח שהבאתי לעיל · וכי תימא מנא לן דיש בכלל שומר שמסר לשומר דאמר רבא דחייב משום דאת מהימנית לי וכו' · ג"כ שוכר שמסר לשואל · דילמא לא קאמר רבא רק על אלו השומרין שחייבין לשבע מן התורה על זה קאמר דחייב משום דאת מהימנית לי וכו' זה אינו · דהא לעיל מינה איתא איתיביה רבי אבא בר ממל לרבי אמי השוכר פרה לחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל משלם לשוכר ואם איתא לימא ליה אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר · ואם נימא דהפלוגתא דשומר שמסר לשומר דאיתא לעיל מינה לא מיירי בשוכר שמסר לשואל מאי פריך על זה רבי אבא דילמא בשאר שומרין הוא דחייב במסר לשומר אחר · מה שאין כן בשוכר שמסר לשואל דפטור דכיון דיש לו זכות בהפרה · יכול ליתן זכות לאחר · אלא ודאי דפלוגתייהו דשומר שמסר לשומר גם שוכר ושואל בכללם דפלוגתייהו סתמא קתני · ובכל השומרין פליגי · ולהכי פריך רבי אמי ממתניתין דהשוכר פרה מחבירו וכו' ואח"כ קאמר רבא כדמסדר הגמרא מימרא דרבא אחר הפירכא דפריך רבי אבא הנ"ל · ולפ"ז מוכח דרבא דאמר שומר שמסר לשומר חייב משום דאת מהימנית לי וכו' בכלל הוא ג"כ ככלל דשוכר שמסר לשואל דחייב משום דאת מהימנית לי וכו' וזה מוכח דלא סבירא ליה לרבא התירוץ של אביי שהשיב לרב אידי וכדכתבתי · וכיון שכן צריכין לתרץ אליבא דרבא הפירכא דרב אידי בדרך אחר · דאביי אזיל לשיטתיה דהוא אמר הטעם דשומר שמסר לשומר חייב משום דאין רצוני וכו' · ומשום הכי ע"כ הפלוגתיה דשומר שמסר לשומר איירי בשלא נתן רשות · דבנתן לו רשות מאי טעמא למ"ד שומר שמסר לשומר חייב · הא ליכא טעמא דאין רצוני · אבל אליבא דרבא אף דלדידיה מיירי הפלוגתיה דשומר שמסר לשומר בשלא נתן רשות · דאל"כ לא שייך הטעם גבי שוכר שמסר לשואל את מהימנית לי וכו' כדאכתוב לקמן · וגם כתבתי לעיל קצת מזה דלרבא מה שנשבע השוכר הוא רק מדרבנן כדי להפיס וכו' כשנתן לו רשות להשאיל · ולפ"ז אף אם אין השוכר נשבע כלל ג"כ פטור כדכתבתי בזה פליג על אביי · דאף למ"ד שומר שמסר לשומר פטור מיירי המתניתין כשנתנו לו רשות להשאיל · ומשום זה סבירא ליה להת"ק דהשואל משלם לשוכר דכיון שנתן לו רשות להשאיל וגם נתן דמי שכירות שיפטר אם תמות הפרה · ואם נאמר דהשואל צריך לשלם להמשכיר מאי מועיל דמי השכירות שנתן דהא גם אדעתיה דהכא נתן דמי השכירות שיהיה פטור מלשלם אם נשבע שמתה כדרכה · ומשום הכי צריכין אנו לומר דבעת השכירות דעתם של המשכיר והשוכר היה שאם ישאילנה לאחר ותמות הפרה שהא קנויה ליה מעכשיו אם הקנין של השכירות היה במשיכה ואם הקנין היה בכסף די לנו שאם היה דעתם של המשכיר והשוכר ברגע אחת קודם למיתתה תהיה קנויה להשוכר הפרה · ומשום הכי ס"ל לת"ק דהשואל משלם להשוכר ושבועה הוא רק מדרבנן כדי להפיס דעתו של בעל הבית · אבל מה שאמר רבא דהלכתא שומר שמסר לשומר דחייב משום דאמר ליה את מהימנית לי בשבועה וכו' אף דמיירי גם כן בשוכר שמסר לשואל כדהוכחתי לעיל · מ"מ מיירי בשלא נתן המשכיר להשוכר רשות להשאיל · דקאי על מה שאמר אביי מקודם דטעמא של מ"ד דשומר שמסר לשומר חייב · משום דאין רצוני וזה הטעם לא שייך רק בשלא נתן רשות · ועל זה קאמר רבא שומר שמסר לשומר חייב משום דאת מהימנית לי · ולפ"ז אף שנכלל בדברי רבא ג"כ שוכר שמסר לשואל כדהוכחתי · מ"מ כיון דאיירי בשלא נתן רשות · לפ"ז לא הקנה ליה המשכיר להשוכר את הבהמה אם תמות כדרכה ביד השואל · דכיון דאין רשאי להשאילה לא נתן ע"ז דמי השכירות שיפטר מלשלם אם תמות כדרכה אצל השואל · דגם בזה פליג רבא על אביי · דלאביי אף שלא נתן לו רשות נתן לו ע"ז דמי השכירות שיהיה פטור מלשלם אם יעבור השוכר וישאילנה כדכתבתי · ולפ"ז צריכין לומר מה דאמר ליה אביי לרבא לדידך דאמרת מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם הא דאותביה רבי אבא בר ממל לרבי אמי ושני ליה שנתנו לו בעלים רשות להשאיל ולימא ליה מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם אמר ליה לדידכו דמתניתו אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר איכא לאותביה להוי לדידי דאמינא את מהימנית לי בשבועה והאיך לא מהימן לי בשבועה ליכא לאותביה כלל עכ"ל הגמרא · הרמב"ם אינו מפרש כפירש רש"י דרבא אמר ליה לאביי דלדידי מיירי המתניתין בשלא נתנה רשות להשאיל · אבל הרמב"ם בפ"י משניותיו מיאן לפרש כן במו שהוכחתי לעיל דלרבא ע"כ מיירי בשנתן לו רשות להשאיל · דאל"כ ישאר קושית רב אידי דפריך לאביי בדף הקודם · ואמאי ס"ל לת"ק דהשואל משלם להשוכר לימא ליה דל אנא ודל שבועתך וכו' · אלא ודאי דהמתניתין מיירי גם אליבא דרבא בשנתן לו רשות להשאיל · ומשום הכי ס"ל לת"ק דהשואל משלם לשוכר כדכתבתי · ולפ"ז הפירוש מאי דאמר רבא לדידכו דמתניתו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר איכא לאותביה להכיא · פירוש דלדידך בלאו הך טעמא דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר איכא למימר דהמתניתין מיירי אף בשלא נתן רשות להשאיל ואפילו הכי ס"ל לת"ק דהשואל משלם להשוכר דגם על זה נתן דמי השכירות שאם יעבור השוכר וישאיל לאחר דבדיעבד מה שעשוי עשוי ויהיה פטור משלם · ולפ"ז אף בשלא נתן רשות להשאיל ג"כ מקנה המשכיר להשוכר את הפרה אם תמות ביד השואל כדרכה · ומשום הכי ס"ל לת"ק דהשואל משלם להשוכר אליבא דאביי · ומשום זה פריך הותביה רבי אבא בר ממל לרבי אמי · ומשום קושיא זו צריך לאוקמי המתניתין כשנתנו לו רשות להשאיל · אבל לדידי דאמינא את מהימנית לי וכו' ליכא לאותביה כלל מהך מתניתין דהשוכר את הפרה וכו' · דהא הא השוכר נשבע מה שאמינו מעיקרא · אך מ"מ מיירי המתניתין כשנתנו רשות להשאיל דפליג אנכי על סברתך דאף כדלא נתנו רשות להשאיל הקנה המשכיר להשוכר את הפרה כשתמות ביד השואל · דלדידי אם לא נתן רשות להשאילה לא נתן על זה דמי השכירות · ולפ"ז לא הקנה לו את הפרה · ואם נאמר דמיירי המתניתין בשלא נתן רשות להשאילה יהיה נשאר קושיות רב אידי לימא ליה דל אנא ודל שבועתך וכו' ומחמת פירכא זה צריך אנכי לאוקמי המתניתין כשנתנו רשות להשאיל · ולפ"ז מתורץ קושיות רב אידי דדמי השכירות שנתן גם על אופן זה נתן דאם תמות ביד השואל יהיה קנו לך הפרה · וכיון דמחמת פירכא דרב אידי צריך לאוקמי המתניתין בשנתנו רשות להשאיל · ולפ"ז מה דצריכין אנו לומר מה שקתני במתניתין ישבע השוכר הוא רק מדרבנן הוא דוקא כשנתן רשות להשאיל · אבל בשלא נתן רשות להשאיל דבזה האופן לא הקנה את הפרה להשוכר השבועה מן התורה כשאר שבועות השומרים · ומשום הכי אמרתי את הטעם משום דאת מהימנית לי אף בשוכר שמסר לשואל :

ולפי הפירוש המשניות להרמב"ם בהגמרא יתורץ הקושיא של הגאון ר' עקיבא איגר במה שהבאתי באות [ד] הנ"ל דרבא ס"ל דלא מוכח מתוך דברי רבי אמי במאי דאוקמי המתניתין בשנתנו הבעלים רשות להשאיל יהיה מוכח כסברת אביי דאף גם בלי סברת אביי צריכין לאוקמי המתניתין כשנתנו

לו הבעלים רשות להשאיל דאל"כ יקשה נמי קושיות רב אידי דפריך לאביי דל אגת ודל שבועתך וכו' · ונראה לומר שמתוך הקושיא הזו מיאן הרמב"ם לפרש כפי פירש רש"י דלדבריו יקשה קשה קושיות הגאון ר' עקיבא איגר שכתב באות [ד] · ולפ"ז מדוקדקים דברי הפירוש המשניות להרמב"ם שכתב וזה השוכר שנותן לו רשות בעל הפרה שישאילנה שאם לא כן היה חייב לדברי הכל · לפי שעיקר הוא אצלינו שומר שמסר לשומר חייב אלא אם יש עדים שלא פשע בה שומר שני כמו שנתבאר עוד והלכה כרבי יוסי · פירוש דהמתניתין איירי ע"כ שנתן לו רשות שישאילנה שאם לא כן אף לת"ק השואל משלם למשכיר גם אליבא דרבא כמו שכתבתי לעיל דזה אין סברא שנתן לו דמי השכירות שיהיה פטור מלשלם לפי מה שעיקר הוא אצלינו שומר שמסר לשומר חייב · אבל כשנתן רשות להשאיל · בזה סובר תנא קמא כיון שנתן לו רשות להשאיל · גם על זה נתן לו דמי השכירות שיהיה פטור מלשלם אם תמות כדרכה ביד השואל משום דהקנה ליה קודם מיתה ומשום זה צריך השואל לשלם להשוכר · ומסיק אח"כ אלא אם יש עדים שלא פשע בה השומר השני גרסן לנו דאף אם נימא כטעמא דאביי דשוכר דשומר שמסר לשומר דחייב משום דאין רצוני וכו' · והיינו פטור השומר השני רק כשמביא עדים שלא פשע · אפ"ה סובר רבא דקיימא לן כותיה דאין סברא לומר שנתן דמי השכירות אף אם יעבור וישאילנה · וכתב כן אף דלא קיי"ל כטעמא דאביי · כדי לרמז לנו האיך הוא מפרש דברי רבא מה שאמר לדידי ליכא לאותביה כלל דפירושו דאף אי לא אמרינן כטעמא דאביי דמשום הכי שומר שמסר לשומר חייב משום דאין רצוני ג"כ איירי מתניתין בשנתן רשות להשאיל דאם לא כן נאמר הקושיא שפריך רב אידי דל אגת ודל שבועתך וכו' וכמ"ש :

וראיתי לבעל דברי המשפט שתירץ פירש המשניות להרמב"ם בדרך אחר דכוונת רבא דלדידיה ליכא לאותביה כלל · אף דאמרינן מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם אפ"ה צריכין לאוקמי דמתניתין איירי דנתנו לו רשות להשאיל · דבלאו הכי אמאי שואל משלם לשוכר · ושוכר פטור · דהא רבא אומר משום הכי שומר שמסר לשומר חייב משום דאמר ליה את מהימנת לי האיך לא מהימן לי · ואם כן כיון דשוכר השאיל לאחר היה הבעלים יכולים להוציא משואל דאמר האיך לא מהימן לי · ואולי ישבע לעצמו ויטעון נגנב או נאבד ממנו · וכיון דבעלים היו יכולין להוציא משואל ובעלים אין צריכין להחזיר לשוכר כיון דשוכר השאיל לאחר נסתלק ממנו וכמבואר בספר מ"א הנ"ל · ואם נאמר דבעלים יכולים להוציא משואל שני אין הראשון יכול להוציא מבעלים ולהשתמש בו עד דכלה הזמן כיון דהשאילו לאחר נסתלק ממנו · א"כ אמאי השואל משלם לשוכר הא לבעלים בעי לשלומי · כיון דבעלים היה יכולין להוציא משואל ולא הוציאו ממנו הוי כמו דבעלים השאילו לשואל ושואל חייב במיתה כדרכה ואמאי אין שואל חייב לבעלים דהא הוי כמו דבעלים השאילו לשואל וכמו שכתב בסמ"ע סימן רנ"ב ס"ק ד' אם משתמש בחפץ שלא מדעת בעלים בדברים דאין בעלים מקפידים הוי כשואל מדעת בעלים וחייב באונסין א"כ הוא הדין אם שוכר השאיל לאחר כיון דבעלים יכולין להוציא משואל הוי כמו דבעלים השאילו לשואל · ואמאי אין שואל משלם לבעלים · ומשום הכי צריכין לאוקמי דמתניתין איירי שנתנו לו הבעלים רשות להשאיל ואין בעלים יכולים להוציא משואל זה תוכף דבריו עיי"ש שהאריך מאוד אך לפי מה שכתבנו דגם לרבא אין הבעלים יכולים להוציא מיד השואל השני ליתא לדבריו ובזה יהיה ניחא מב"ק (דף נ"ז ע"א) איתמר התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה · אמר רב רצה שכרה נוטל רצה פחתה נוטל · ושמואל אמר אינו נוטל אלא פחתה · אמר רב פפא לא פליגי הא דעבידא לאגרא · הא דלא עבידא לאגרא · ואיבעית אימא הא והא דעבידא לאגרא · הא דנחית ליה אדעתא דאגרא · והא דנחית ליה אדעתא דגזלנותא עכ"ל הגמרא · ומקודם צריכין לבאר מאי דלכאורה קשיא לן לפי איבעית אימא דאף דעבידא לאגרא ונחית אדעתא דאגרא אעפ"כ רצה שכרה נוטל רצה פחתה נוטל דהוי כגזלן · דלפ"ז אמאי קתני מתניתין השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר · וגם בהא פליגי ת"ק ורבי יוסי · דלת"ק משלם לשוכר · אם מיירי מתניתין דהשואל ידע שהפרה אינה של השוכר ואעפ"כ שאל אותה להשתמש בה · א"כ יכול המשכיר לומר לשואל דאתה גזלן הוא כמו התוקף ספינתו של חבירו דאמרינן שם רצה פחתה נוטל דהוי כמו גזלן · ואמאי סבר ת"ק דהשואל משלם להשוכר דהא השואל הוי כמו שגזל מן המשכיר וצריך לשלם לו הפרה · ואף אם נימא דהשואל היה סבר שהפרה הוא של השוכר · ולפ"ז לא דמיא לההוא דהתוקף ספינתו של חבירו כמובן · אך לפי מה שכתב בעל מחנה אפרים בהלכות גזילה סימן ז' שלדעת הר"ש ז"ל שכתבתי וכן נראה שהוא דעת הנ"י בפרק מרובה אפילו כי לא כוון לגזול · אלא שלקחו מראובן בתורת שאלה · והיה סבור שביתה של ראובן · ונמצא שלא ביתה שלו הרי זה השואל חשיב שואל שלא מדעת בעלים והוי גזלן כיון שנתכוין לקנותה · וקצת נראה כן מדברי התוספות דפרק שלוח מקדם הנזכר לעיל עכ"ל · ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתיה אף אם נאמר דהשואל היה סבור דהפרה היתה של השוכר · ואף לפי מה שכתב הבעל מחנה אפרים שלדעת הרא"ש בתשובה לא חשוב גזלן כיון דהיה סבור שהיא של ראובן שמרשה אותו ולא נחית אדעתא דגזלה עכ"ל יכולים אנו ליישב קצת דהמתניתין מיירי דהשואל היה סבור שהפרה של השוכר לכן לא חשוב השואל כגזלן · ומשום זה סובר ת"ק דהשואל משלם להשוכר אך זה דוחק דסתמא קתני במתניתין אפילו ידע השואל שהפרה אינה של השוכר · ולפ"ז קשה דהשואל הוי כמו גזלן כנ"ל ואמאי ס"ל לת"ק דהשואל משלם לשוכר ואף אם השוכר היה משכירה לאחר ג"כ הדין אף אם מתה כדרכה ביד השוכר השני צריך לשלם השוכר השני למשכיר פרה אחרת כנ"ל · וכדי ליישב זאת · אמרתי דלא מיבעיא לרבא דסובר דמה שאמרו אין רצוני וכו' רק לכתחילה בודאי אתי שפיר דלא חשיב השואל או השוכר השני גזלן אף אם ידע שהפרה אינה של השוכר הראשון · דכיון דלא עברו כן השוכר הראשון וכן השוכר השני וכן השואל רק על איסורא דלכתחילה · ואף לאביי דסובר דמה שאמרו אין רצוני וכו' הוא אף בדיעבד · מ"מ לפי מה שכתבתי דאם שכר השוכר הראשון והשאילה לאחר או כיוצא בו בשוכר אין הבעלים יכולים להוציא מיד השואל השני · לפ"ז לא הוי חשוב השואל גזלן · אף אם ידע שהפרה אינה של השוכר · לפ"ז יש ראיה ברורה לדברינו דאין יכולים הבעלים להוציא מיד השואל · דלא כדברי הדברי משפט שכתבתי לעיל :

ולפי דברינו יתיישב ג"כ קושית הרא"ש על דברי ר"ח גאון שכתבתי לעיל באות [ג] דר"ח אין מפרש כפירוש המשניות להרמב"ם דפליג על אביי ומתרץ הקושיות רב אידי דל אגת ודל שבועתך בדרך אחר · אבל ר"ח סובר דרבא ג"כ מתרץ קושיות רב אידי כמו אביי · א"כ לפ"ז מה דקתני מתניתין דשוכר צריך לישבע הוא רק מדרבנן · ולא מצינו בשום אופן כשהשוכר השאילה לאחר שהשוכר ישבע שבועת התורה כמו שכתבתי לעיל · ולפ"ז צריכין להבין דאמר רבא דטעמא דשומר שמסר לשומר דחייב מטעם דאת מהימנת לי בשבועה וכו' ונכלל גם בזה שוכר שמסר לשואל כדכתבתי לעיל · ולפ"ז לכאורה קשה דאף אם השואל אינו מאמינו הבעלים בשבועה · מ"מ כיון דשבועה הוא רק מדרבנן אף אם אינו יכול לישבע ג"כ אינו משלם כנ"ל · ומשום זה פירש ר"ח דרבא ג"כ סובר כאביי דשומר שמסר לשומר אחר הוא פושע · ובשתעבדו תיכף נכסיו · אך בזה פליג על אביי דהוא סובר דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב · לכן לא אמר רק הטעם דמשום זה שומר שמסר לשומר חייב משום דאין

רצוני

רצוני וכו' · אבל רבא ס"ל דתחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור · לכן אמר טעמא אחרינא משום דלא מהימנת לי · וכיון דלא מהימן השומר השני בשבועה והשומר הראשון ג"כ אינו יודע איך נאבדה אם בפשיעה או לא · לכן הוי כטוען איני יודע אם פרעתיך דודאי נתחייב לו קודם בעת שמסר לשומר אחר דהוה כמו פשיעה כמו שסובר אביי · לכן כתב ר"ח דלית הילכתא כרבא משום דקיימא לן כרבה דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב · ורבא סובר דתחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור · ולפ"ז אם עבר השואל והשאילה לאחר אין יכולים הבעלים להוציא מידו כדכתבתי לעיל באר היטיב :

סליק ב"ה

דינים היוצאים מפרח זה

א דין אם עבר השואל והשאיל לאחר או השוכר והשכיר לאחר אין יכולים הבעלים להוציא מיד השואל השני או מיד השוכר השני :

ב דין אם נותן אדם דבר על תנאי שהוא בקום עשה ואיכא עדים שקיים המקבל מתנה את תנאו אך הנותן טוען אולי כבר נתתיו המתנה מחויב ליתן לו אף בשבועה שהתחייב ליתן לו מתנה על תנאי שבקום עשה החיוב אינו מועלת כלל עד שיביא עדים שקיים תנאו לפ"ז לא הוי אף ספק חיוב דמוקמינן אחזקה קמייתיה · מ"מ כיון דאיכא עדים שקיים המקבל מתנה את תנאו הוי חיובו ברור ומיקרי ודאי ולא אתי ספק שטוען הנותן אולי החזיר ומוציא מידי ודאי כמו דאמרינן גבי פקדון :

ג דין דהשומר מחויב בהשבה כמו שכתב מהרש"ל בפרק הגוזל בתרא ס"ג דלא כמו שכתב הקצוה"ח דהשומר אינו מחויב בהשבה רק הבעלים נוטלים את הפקדון מרשותם :

ד דין לפי מה שכתבנו דהדין דאין יכולים הבעלים להוציא מיד השואל השני כמבואר באות א' אם השואל השכיר לאחר שייך השכירות להבעלים :

ה דין דאם שכר האדם בית בעד י' זהובים והתנה השוכר עם המשכיר שיכול להשכיר אותה לאחר אף שיהיה בני ביתו של השני מרובים משלו ואח"כ השכירה לאחר שב"ב מרובים בעד ט"ו זהובים היותר שייך להשוכר כדברי הנ"י בריש כיצד הרגל ומה שהקשה עליו הבעל מחנה אפרים בהלכות שכירות ישבתי בטוב טעם :

סליק כפתור שלישי

לוח השגיאות מכפתור השלישי

דף	עמד	שור	מלה	השגיאה	תיקון
ג	ג	כו	א	אתביה	מאי איתביה
״	״	כה	י	המלה "רק"	נמחק
ד	א	ח	א	הר"מ	החו"מ
״	ג	יא	י	שאין	שהן
ה	א	לו	ז	קונים	קניינים
״	ג	יג	ג	הא	וגם
ו	יב	לז	י	(דף ו ע"ב)	(דף י"א ע"ב)
ז	א	כח	ו	ואי לא הוה	ולא הוה
״	ד	לד	ט	גם	וגבי
ח	ב	כט	ב	כפירושו	כפרושי
״	ד	יט	ט	זה באות "א"	הקודם באות "ג"
יא	ד	יח	ו	ודני	ודי
״	״	לה	ה	המלת "להו"	נמחק
יב	א	כא	ד	ומדבריהו	ומדברי'
״	״	מו	ט	ומשו"ע	משמע
יג	ד	טו	ט	אם שיעבוד	אם נימא שהשיעבוד.
יד	ב	טו	ט	דבריהו	דבריו
״	ג	כ	ד	וגם	גם
״	ד	כא	ד	אם	אז
״	״	״	ט	כי	אם
טז	ג	כז	ב	דהתובע	דהתוקע
יח	א	לב	ג	אך הוא	כיון שהוא
יט	א	כט	ו	(דף ס"ב)	(דף פ"ב)
כא	ב	כב	ט	י"ל דלא סילק	י"ל כמו דלא יסלק
כד	ג	יא	ח	דאין	אין
״	״	טז	ד	אקנה	אינה
כה	א	ב	ב	הקוביא	הקיפא
״	ב	יא	ח	ויכול	יכול
כח	ב	כא	יא	שיכול	באינו יכול
לא	א	מד	ח	(דף ד')	(דף ג')

דף	עמד	שור	מלה	השגיאה	תיקון
לא	ב	לו	יא	ולפי	וכפי
לז	ג	יא	ב	לדברינו	לדבריו
״	״	ג	ה	הגדילו אין יכולין	הגדילו יכולין
״	״	כא	ג	בד"ה אין יכולין	בד"ה יכולין
לה	ד	מד	א	לילה	לה
מב	א	מה	ו	מחילה נמי לא	מחילה לא
מג	ב	מב	ו	זמן לא מקרי	זמן מקרי
״	״	כד	א	לעולם שלא כדברי	לעולם כדברי
מד	ג	כא	ג	כו' משום	כו' לא משום
מז	ג	כח	ו	שם	ב"מ
מט	א	כד	ז	בשיעבוד אמרי'	בשיעבוד לא
נא	א	כב	ד	טעון	טוען
״	ב	כז	ז	טעון	טוען
נג	א	מה	ו	דמגה	דמתנה
״	ד	כג	א	לדבריהם	שמדבריהם
נד	ג	יג	ב	ואי	ואני
נז	א	למד	א	לטמותה	לשמאותה
נח	ב	טו	ב	דאין	דאגן
״	״	נה	ה	בה ממון	בהממון
״	ג	נה	ד	דבני מערבין	דבני מערבא
״	ד	כב	יא	תנו אל	תנו לא
נט	א	לט	ט	לשתעבד	להשתעבד
״	ד	כד	ה	דטובה	הטובה
ס	א	יז	ה	הרמב"ן	הרמב"ם
״	״	לה	ג	שיה	שיהיה
״	ב	ו	ג	או שואל	אי שואל
״	״	מ	ח	באונם	באונס
״	״	סב	ד	אמורה	המורה
״	ד	כא	ב	דאומרת	דאמרת-
סד	א	נו	ה	השומרים	השומרים

כפתור רביעי מספר גן נעול

פרח א

לפי מה שכתבנו בסוף כפתור שלישי · שלשיטת רבינו הגאון ר"ח גאון מה שאמר רבא בב"מ (דף ל"ו ע"ב) אמר רבא הלכתא שומר שמסר לשומר חייב וכו' מאי טעמא דאמר ליה את מהימנית לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה עכ"ל הגמרא · פירושו כיון דהשומר השני לא מהימן להבעלים בשבועה הוי כטוען השומר הראשון אינו יודע איך נאבדה אם בפשיעה או לא · וכיון דהשומר הראשון אינו יודע איך נאבדה רק יוכל להתברר על פי שומר השני על ידי שבועתו · וכיון דהבעה"ב יוכל לאמר לא מהימן לי השומר השני בשבועה נשאר הדבר בספק · וכ"ת הא אכתי נוכל לומר דהוי כאינו יודע אם נתחייבתי לך לליסנא בתרא דרבא בב"ק (דף קי"ב ע"א) דלא רמי חיוב אונסין על השואל עד שעת אונסין שלא נשתעבדו נכסי דהשואל עד שיארע אונס וכן בכל שומר ושומר כל חד וחד לפי דינו לא השתעבד נכסיו עד שיארע הדבר שמחוייב מה שנכתב בתורה · וכיון דלא נשתעבד נכסי הוי כאינו יודע אם נתחייבתי לך כמבואר זאת הסברא באחרונים עיין בש"ך (בסימן רנ"א ס"ק מ"ד ובקצות החושן שם סימן ש"מ ס"ק ד') ובשיטה מקובצת לפרק השואל (דף צ"ג) ד"ה גמרא שמעית מיניה וכו' ובאותו דיבור' והרמב"ם ז"ל כו' ובשם כמה ראשונים דהוי כאינו יודע אם נתחייבתי לך עיי"ש שכן מבואר בהדיא והנכי קצרתי כאן כי הכל מבואר בסוף כפתור שלישי · אך כתבנו שם שר"ח גאון סובר דמה שמסר לשומר אחר הוי כמו פשיעה ונשתעבדו נכסיו תיכף כשמסר לשומר אחר · לפ"ז אם הבעל הבית אומר שהשומר השני לא מהימן לי בשבועה הוי כאינו יודע אם פשעתיך · ובזה מיושב קושית הרא"ש על ר"ח גאון בפרק המפקיד סימן ו' עיי"ש בדברינו כי שם בארנו את הדברים כפי הצורך · וגם כתבנו שם לפי פירוש המשניות להרמב"ם על המשנה (דף ל"ה ע"ב) המתחלת השוכר וכו' הפשט בדברי רבא את מהימנית לי בשבועה האיך לא מהימן לי כפשוטו דהוי כמי שאינו יכול לשבע ומשלם דכיון דהשומר הראשון אינו יודע איך נאבדה והשומר השני לא מהימן · אף שאמר אביי שם דהשבועה דקתני במתניתין ישבע השוכר וכו' כדי להפיס דעתו של בעה"ב עיי"ש ובדברי רבא נכלל גם כן שוכר שמסר לשואל כמו שהוכחנו שם ולפ"ז לכאורה קשה אמאי קאמר רבא דחייב השומר הראשון משום האי טעמא · הא בשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לשבע משלם · וכתבנו שם דרבא מיירי בשלא נתנו הבעלים רשות להשוכר להשאיל · לפ"ז מה שהשוכר צריך לשבע הוא מן התורה וכיון שאינו יכול לשבע משום הכי קאמר רבא דמחויב עי"ש בדברינו כי הארכנו שם כפי הצורך ויש בזה מה שתמהו גאוני בתראי על הפירוש המשניות להרמב"ם · וג"מ בין פירוש ר"ח גאון בדברי רבא · ובין פירוש המשניות להרמב"ם בדברי רבא · היכא שמסר שומר לשומר אחר שטרות דבשטרות אין מחויב שבועה מן התורה כידוע · דלפי שיטת ר"ח גאון שומר הראשון חייב דהוי כמי שטוען אינו יודע אם פרעתי דאף שאין צריך לשבע שבועת התורה בשטרות · מ"מ צריך ליתן טענה ודאית איך נאבדה אם בפשיעה או באונס · מה שאין כן כשאינו יודע איך נאבדה הוי כמו שטוען על המטלטלים שהיה מחויב לשמור שאינו יודע איך נאבד כמו דהתם חייב לפי שיטת הרמב"ן וסייעתו שהביא הש"ך בסימן רנ"א הנ"ל שחייב ולפי הנראה דפסקינן כוותייהו · ה"נ כשטוען על שטרות שהיה מחוייב לשמור · שאינו יודע איך נאבד · ולפי שיטת פירוש המשניות להרמב"ם שמה שאמר רבא שומר שמסר לשומר חייב · הטעם דהוי כמו שאינו יכול לשבע דמשלם דזהו דוקא בשומר שמסר לשומר מטלטלים וכדומה לזה שחייב לשבע השומר שבועת התורה · משו"ה הוי כמו שאינו יכול לשבע ומשלם · משא"כ בשטרות אף אם הבעה"ב טוען ברי שנאבד בפשיעה דאז מחויב השומר לשבע שבועת היסת עיין בסמ"ע (סימן נ"ה ס"ק ז') · מ"מ הא קיי"ל דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לשבע משלם · ולפ"ז אף אם השומר השני לא מהימן ליה בשבועה לבעה"ב מ"מ אין צריך לשלם · ומכל שכן אם אין הבעה"ב טוען שנאבד בפשיעה דאז אינו מחוייב השומר לשבע אף שבועת היסת עיי"ש בסמ"ע הנ"ל · ובזה פליגי הרמ"א עם הש"ך (בסימן נ"א סעיף א') דרמ"א סבירא ליה דשומר שמסר לשומר שטרות חייב דגרע מפשיעה ע"כ דבריו בשינוי לשון קלת · והש"ך שם ס"ק ד' חולק עליו דמה שהוכיח הרמ"א מתשובות הרא"ש אינו מוכח כלל דשם איירי בהדיא שנתנו לשני לגמרי ולא בתורת שמירה עיין שם · אבל בשומר שמסר לשומר שטרות מודה תשובות הרא"ש דפטור והביא ראיה לזה · ולפי דברינו דלעיל דממה שהקשה הרא"ש בפרק המפקיד הנ"ל על ר"ח גאון שהוא מפרש טעמא דרבא דשומר שמסר לשומר חייב דנשתעבדו נכסיו תיכף כשמסר לשני משום דהוי פשיעה מה שמסר לשני · והרא"ש אינו סובר כן דלא מחשב פשיעה מה שמסר לשומר אחר אך הוא מפרש דברי רבא כמו שפירשתי לפי שיטת פירוש המשניות להרמב"ם · לפ"ז מוכח שאין הפשט בדברי תשובות הרא"ש כדברי הרמ"א וגם לפי דברינו סובר פירוש המשניות להרמב"ם כשיטת הש"ך :

ורבינו בעל שער המשפט תירץ קושית הש"ך על הרמ"א · מה שהקשה דהא שומר שמסר לשומר אף פושע לא הוי כדמוכח בש"ס ובכל הפוסקים · ותירץ על זה דדוקא בשומר שמסר לשומר מטלטלים לא חשיב פשיעה כמ"ש הרא"ש · כיון שמסרו לבן דעת וחיוב השמירה עליו · וכשטוען נאנסה ישבע שבועה דאורייתא ואם לא ירצה לשבע נחתינן לנכסיה · אבל בשומר שמסר לשומר שטרות אין לך פשיעה גדולה מזו וחשיב כאילו השליכם לנהר דהאיך מסרו לשומר אחר כיון שאין חיוב פשיעה עליו · ונאמן לומר שנאבד מאתו בלא שום שבועה ואף שבועת היסת אין צריך כיון דטענת ספק הוא כמבואר (בסימן נ"ה סעיף ד') · ולפענ"ד נראה דאזיל לשיטתו לפי מה שכתב (בסימן ס"ו ס"ק ל"ג) דאף אם נשבע על שטרות לא מקרי שנתברר לפני ב"ד שמר כראוי · דדוקא אם נשבע על שמירת מטלטלין שבשם הוא שבועת התורה מקרי שנתברר לפני ב"ד שמר כראוי ומשא"כ דבשטרות דאינו מחויב לישבע אף שבועת היסת בוודאי לא מקרי שנתברר

לפנינו שמסר כראוי · אף אם השומר אומר שנאבד באונס · לכן כתב השער המשפט בזה מקרי פושע גמור מה שמסר לשומר אחר · אבל לדידי לפי מה שאכתוב לקמן דבשטרות אף אם השומר אינו נשבע אך שבועת היסת הוי כמו שנתברר לפני ב"ד שמסר כראוי אם אמר השומר שנאבדה באונס ומחויב הבעל הבית לשלם שכרו אם היה שומר שכר · לא מקרי בזה פושע שמסר לשומר אחר · דנראה לפענ"ד לתרץ קושית רבינו שער המשפט מאי דהקשה שם על השו"ע דאם היה שומר שכיר על השטרות מפסיד שכרו עד שישבע שמסר כראוי וכן מצינו בש"ס בפרק הזהב (דף נ"ח ע"א) עלה דמתניתין דנשבעין לגיזברין דבנושא שכר עסקינן ונשבעין כדי ליטול שכרן · וכתב דתמיה ליה טובא דהא הטעם דנושא שכר אינו נוטל שכרו כשנגנב הוא משום דאמרינן דלא נתחייב לתן שכר אלא כששמר כראוי וכ"כ רש"י · אגרייהו מיהא ליפסוד שהרי נשתעבדו לשמרן מגניבה ואבידה ועל מנת כן היו נוטלין שכר והרי לא השלימו מלאכתן עכ"ל · וא"כ אמאי נאמנים בשבועה ליטול שכרן הא השוכר לא נתחייב אלא בתנאי וא"כ צריך השומר להביא ראיה שנתקיים התנאי כמבואר (בסימן רמ"א סעיף י') דהאומר לחבירו הריני נותן לך כך וכך על מנת שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראיה שנתקיים התנאי · וכ"ש הכא דאיכא ריעותא לפלוני שנאבד החפץ היכי מהימנין ליה בשבועה שקיים תנאי ונאבד באונס להוציא ממון מחבירו עכ"ד ומדהקשה רק על שומר שכיר של שטרות · נראה דעל שומר שכיר של מטלטלים לא קשה מידי לפי דעתו הגדולה · דכיון דשם נשבע שבועת התורה הוה כמו שנתברר לפני ב"ד עפ"י עדים ששמר כראוי · לפיכך צריך הבעה"ב לשלם שכרו · אך בשומר שכר של שטרות כיון דשם רק השבועה מדרבנן לא הוי כמו שנתברר בב"ד על פי עדים לכן הקשה מסימן רמ"א הנ"ל · ובעניי אנכי איני מבין החילוק מה שיש בענין זה בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן · דממ"נ אם נקרא מה שנשבע כמו שנתברר גם שבועה דרבנן הוי כמו שנתברר · ואם לא חשיב כנתברר אף בשבועה דאורייתא לא מקרי נתברר וכיון שכן צריכין אנו לתרץ איך נוטל שומר שכר שכר אף על שמירת מטלטלין או כדומה · הא לפי הנראה דלא חשיב אף שנשבע שבועת התורה כמו שנתברר לפני ב"ד · כמו שהקשה רבינו שער המשפט על שומר שכיר של שמירת שטרות · ולפי מה שיהיה מתורץ הקושיא הזאת כדאכתוב אי"ה לקמן · יהי' נסתר קושית הש"ך בסימן ש"א הנ"ל · ונלפענ"ד לתרץ קושית רבינו שער המשפט בסימן ש"ו הנ"ל דהנה נאמרו טעמים שונים מפני מה יש חילוק אם היה קיום התנאי בקום ועשה · ובין אם היה קיום התנאי בשב ואל תעשה · ואדונינו המהרי"ט בתשובותיו בסוף חלק ראשון כתב דאפשר לומר טעם דבנותן דבר בתנאי שהוא בשב ואל תעשה מסתמא לא הטילו הראיה אלא על הנותן ולא על המקבל שהמקבל איך יוכל להביא ראיה שלא עשה שלא שתה יין וכיוצא בו דאטו עדים בכיפה תלו ליה שיעידו עליו כן · אלא מי שטוען שבעל תנאו יביא ראיה שביטל · אבל בתנאי שהוא בקום ועשה הראיה הוא על המקבל שיכול להביא ראיה בקיום תנאו · ויש נפקותא בזה כמו שכתבתי שם עכ"ל · ומפני קוצר רוחי איני מבין את דבריו הקדושים חדא דהראשונים למדו זאת מתנאי גירושין שמוכח מגמרא בתנאי שהוא בשב ואל תעשה לא חיישינן שמא תעבור עליו · אבל אם הוא בקום ועשה חוששין שמא לא תקיימנו · והתם הטעם דבמידי שהוא בקום ועשה חוששין שמא תארע אונס ולא תעשה עיין בדברי הראשונים בדין זה · ומחמת כי רבים המה המראה מקומות ע"כ חדלתי מלציין מי המה · אך זאת אברר שגם במהרי"ט שם מבואר להדיא כן · ולפי טעמו של מהרי"ט איך נוכל ללמוד זה מזה · דהתם בגירושין איכא טעם אחר והכא בממון איכא טעם אחר · דהטעם שמא תארענו אונס לא שייך בממון כמבואר בהדיא בדברי המהרי"ט עי"ש כי קצרתי · שנית דהא הרמב"ן הובא דבריו בר"ן בסוגיא דפ"ק הקשה כיון דאוקמינהו להא בדלא טענה איהי א"כ בברי וברי פשיטא דאיהו נאמן ואפילו סבירא לן דכתובת אשה מן התורה שהרי לא כתב לה אלא על מנת לכונסה וימצאנה בתולה · וכיון שכן עליה להביא ראיה שנתקיים התנאי עכ"ל · וגם הר"ן הודה לדבריו שהיא מחויבת לברר שנתקיים התנאי שכנסה בתולה על התוספות כתובה שכתב לה בעלה אדעתא שימצאנה בתולה · אך בכתובה דאורייתא כתב שאין עליה לברר דא"כ תהיה קלה בעיניו להוציאה עי"ש בדבריו כי קצרתי · ולפי דברי המהרי"ט יהיו מוקשים דברי הר"ן אהדדי שבפרק מי שאחזו על הגמ' אהך דמתניתין הרי זה גיטך על מנת שתתני לי מאתים זוז וכו' בגיטין (דף ע"ד ע"א) כתב שבתנאי שבשב ואל תעשה על הנותן להביא ראיה שביטל תנאו עי"ש · ולפ"ז אמאי צריכה האשה לברר שכנסה בתולה ואז תגבה התוספות כתובה הא התנאי הוא בשב ואל תעשה א"כ על הבעל להביא ראיה שבטלה התנאי · לכן נראה דצדקו דברי רבינו נתיבות המשפט שכתב (בסימן מ"ו ס"ק כ"ג) דבתנאי דלשעבר לעולם צריך המלוה לברר שנתקיים התנאי · וטעם הדבר דבתנאי דלהבא כבר נגמר הענין בודאי ותנאה מלתא אחריתא הוא וכחוב על המקבל דמי · משא"כ בתנאי דלשעבר באם עבר על התנאי אין כאן התחלת חיוב כלל וצריך לברר שנתחייב לו עיי"ש בדבריו · ולפ"ז אינו מובן הטעם של מהרי"ט שמחלק בין אם היה התנאי בקום ועשה בין אם היה בשב ואל תעשה דלפי דבריו אין חילוק בין תנאי דלשעבר ובין תנאי דלהבא כמובן · ואף שאיני מבין הטעם של מהרי"ט · מ"מ מתיישבת קושית השער המשפט אף לפי דברי המהרי"ט לפענ"ד · דהא איתא בב"מ (דף פ"ג ע"א) ההוא גברא דהוה קא מעבר חביתא דחמרא בריסתקא דמחוזא ותברה בזיזי דמחוזא אתא לקמיה דרבא א"ל ריסתקא דמחוזא שכיחא בה אינשי זיל אייתי ראיה ואיפטר · א"ל רב יוסף בריה כמאן כאיסי א"ל אין כאיסי וסבירא לן כותיה ופירש"י ע"ז אייתי ראיה ואינו נאמן בשבועה אלא בעדים עכ"ל וכן פסקו בשו"ע (בסימן ש"ד בסעיף ב' וג' וסימן ש"ה סעיף א') דבמקום שעדים מצויין אינו נאמן בשבועה עד שיביא עדים · הרי חזינן דהתם שומרים אין עדים מצויין שיעידו ששמרו כראוי מדנאמנים בשבועתן · ולפ"ז לא קשה קושית השער המשפט לפי דברי מהרי"ט בסימן רמ"א דאף דבעה"ב אינו מחויב לשלם השכר לשומר שכר · אלא א"כ שקיים את תנאו בקום ועשה ששמרו כראוי · מ"מ אין השומר שכר צריך לברר בעדים ששמר כראוי כמו שאר תנאים שבקום ועשה דמבואר בסימן רמ"א דהמקבל צריך להביא ראיה שנתקיים התנאי · דכיון ששם שומרים אין עדים מצויין שיעידו ששמרו כראוי כדהוכחתי · על הנותן להביא ראיה שבטל את התנאי כמו שכתב המהרי"ט בתנאי שהוא בשב ואל תעשה · דמסתמא לא הטילו הראיה אלא על הנותן ולא על המקבל דאטו עדים בכיפי תלו ליה שיעידו שכדבריו כן הוא עיין בלשון מהרי"ט שהבאתי לעיל · ה"נ אטו השומר יהיו עדים תלוי ליה בכיפיה · שיעידו עליו ששמר כראוי · לכן מצד הדין היה בעה"ב צריך לשלם את השכר אף שלא נשבע השומר ששמר כראוי · הן במטלטלים · והן בשטרות · ומה שאמרו בב"מ (דף נ"ח) הכא בנושא שכר עסקינן ונשבעין ליטול שכרן השבועה הזאת הוא תקנת חכמים דאף דאין נשבעים על שמירת ממון הקדש מן התורה · דבזה איירי הסוגיא שם · מ"מ תקנו חכמים דאם בא השומר שכר · ליטול שכרו · צריך לשבע ששמר כראוי כשאר נשבעין ונוטלין · שתקנו חכמים כדמצינו בריש פרק כל הנשבעין · ובפרק הכותב · ובדוכתי טובא · וסברא זאת סברתיה מעצמי · ואח"כ מצאתי לקדוש אחד הוא רבינו בעל פני יהושע שכתב ג"כ הסברא הזאת בסוגיא הזאת ות"ל שכוונתי לדעתו הגדולה :

ומה שהביא השער המשפט ראיה לדבריו מדברי רש"י שכתב בד"ה אגרייהו מיהא ליפסיד שהרי נשתעבדו לשומרן מגניבה ואבידה · ועל מנת כן היו נוטלין שכר והרי לא השלימו מלאכתן עכ"ל · אין מזה שום הוכחה שהשומר שכר צריך לברר בעדים ששמר כראוי כדברי שער המשפט · דהא רש"י קאי אהא דפריך בגמרא אמאי צריך לשלם שכר אם טוען הש"ס דהממון של הקדש נגנב · דנהי דשלומי לא משלמי

השומר שכר · אגרייהו מיהא לפשוד דאדעתא דהכי נתן לו שכר שישמור מגניבה ואבידה · וכשנגנב הרי נתברר בעדים שביטל את התנאי · לכן פירש רש"י שפיר כדכתבתי לעיל לשונו · מה שאין כן כשהשומר טוען ששמר כראוי אף מגניבה ואבידה · אך שאירע אונס דזה מיקרי לפי דברי השומר השלים מלאכתו ששמר כפי מה שמחוייב · ע"ז לא צריך להביא עדים שאירע באונס דעל בעל הבית להביא ראיה שביטל השומר שכר את התנאי שלא שמר כראוי · דאטו השומר שכר עדים תלו ליה בכיפיה שיעידו ששמר כפי מה שמחוייב כמ"ש המהרי"ט ז"ל · וגם לפי דברי הקצות החושן (בסימן רמ"א ס"ק ה') אחר שהביא דברי המהרי"ט הנ"ל כתב טעם אחר על החילוק שיש בין תנאי שבקום ועשה ובין אם היה התנאי בשב ואל תעשה · דכל שהוא בקום ועשה מוקמינן אחזקה שהוא קודם עשיה ואמרינן שלא היה עשיה עד שיברר בעדים שהיה עשיה · וכיוצא בזה כתבו התוס' בר"פ השולח עיי"ש בדבריו כי האריך · ואף שאנכי העני בדעת איני מבין את דבריו · שאף שכתבו התוס' זאת הסברא בכמה דוכתי במכות (דף ט"ו ע"ב) ד"ה במאי קמיפלגי וכו' וכן מוכח זאת הסברא מדברי התוס' בשבת (דף ד' ע"א) ד"ה קודם ע"ש בגליון הש"ס להגאון רבי עקיבא איגר · מ"מ לפי דעתי להוציא ממון בחזקה זו אין אנו יכולים · רק בחזקה אלימתא כגון חזקה אין אדם פורע בתוך זמנו וחזקה שטרך בידי מאי בעי או חזקה דגופו וכיוצא בזה · משא"כ בהך חזקה דמוקמינן אחזקה שהוא קודם עשיה · לא מיקרי חזקה אלימתא שנוכל להוציא ממון על ידי חזקה זו · אך מ"מ נראה לי ליישב קושית השער המשפט אף לפי טעם הקצות החושן דהיינו דמי ש"ש להתנאי שבקום ועשה דהתם אינו מחויב המקבל לקיים התנאי שהוא בקום ועשה דהברירה בידו אם ירצה שיהיה המתנה קיימת יקיים את תנאו · ואם לא ירצה בהמתנה לא יקיים את תנאו · לכן מוקמינן אחזקה כמו שהוא קודם עשיה לפי דברי הקצות החושן · מה שאין כן בשומר שכר שמחויב לקיים את תנאו שישמור כראוי אף אם לא ירצה לקבל שכר השמירה · מ"מ צריך לשמור כפי דינו אם היה מקבל שכר דאדעתא דהכי מסר לו חבירו ממונו והוה כמו גזלן אם לא ישמרם כראוי · דאף דלא קיי"ל כר' מאיר דאמר כל המעביר על דעתי' דבעה"ב נקרא גזלן כדכתב הרי"ף בריש פרק המפקיד בסוגיא דשומר שמסר לשומר התם היינו טעמא דלאו קפידא גמורה הוא · אף אם יעבור על דעתו דבעה"ב · אבל היכא דהוי קפידא גמורה בודאי אסור לעבור על דעתו ויכול להיות דמיקרי גזלן עיין בדברינו בסוף כפתור שלישי · ולפ"ז מחויב השומר שכר לשמור כדינו · אף אם לא ירצה לקבל שכר ע"ז · ואף שאמר בפני עדים קודם שנגנבה אין רצוני לקבל שכר כדי שאפטור מגניבה ואבידה אינו מועיל · כדאיתא בב"ק (דף נ"ז ע"א) דאמר רבי אלעזר הכל צריכין דעת בעלים חוץ מהשבת אבידה שהרי ריבתה בו התורה השבות הרבה · ופירש"י ע"ז בד"ה הכל וכו' גונב וגוזל או אחד מארבעה שומרין בהחזירו צריך להודיע לבעלים ואם לא הודיעו חייב המחזיר באחריותן ועיין בח"מ (סימן ע"ב סעיף ל"א) בסמ"ע ובש"ך שם (ובסימן ק"כ סעיף ב') וסמ"ע וש"ך שם ובביאורי הגר"א שם בס"ק ו' שהאריך מאד בזה הענין (ובסימן רנ"א סעיף כ"א) ברמ"א שם (ובסימן ש"נ סעיף ח'). ובמחנה אפרים בהלכות שאלה ופקדון סימן ז' ומהמקומות הללו מוכח דבתוך הזמן שקיבל עליו השומר לשמור אינו יכול לסלק משמירתו בלא מדעת בעלים ועיין בב"מ (דף פ' ע"ב) במשנה כל האומנין וכו' וכיון שאמרו טול את שלך והבא מעות שומר חנם · וגם שם אמר רב חסדא לא שנו אלא שהחזירה בתוך ימי שאילתה וכו' ועיין שם ברש"י כי קצרתי וכיון שאינו יכול השומר לסלק משמירתו שלא מדעת הבעלים · בודאי אינו מועיל מה שהשומר שכר יסלק משכירותו שיפטור מחמת זה מגניבה ואבידה שלא מדעת הבעלים · וכיון שכן אדרבה יש חזקה להיפך שבודאי שמר כפי חיובו ככתוב בתורה · דכל אדם יש לו חזקת כשרות ולא שייך בזה סברת קצות החושן דמוקמינן אחזקה שהיתה מקודם כמובן · וצ"ל להביא ראיה מדברי התוס' בב"מ (דף נ"ג ע"ב) ד"ה אי הכי וכו' · דאין לנו לומר · שודאי שומר חנם לא ישמור מגניבה ואבידה רק מפשיעה · והוה ליה תחילתו בענין גניבה ואבידה · אלא סתם בן דעת רגיל לשמור הרבה אפילו מדברים שאינו חייב וכו' עכ"ל הרי חזינן דסתם בני אדם רגילים לשמור יותר מכדי חיובם · ומכ"ש שיש חזקה שבודאי שמרן כפי חיובו ולא תליא חזקה במעשה כלל שבדבר שרגילים לעשות בני אדם אינו מיקרי תליא במעשה · ועיין בתוס' יבמות (דף קי"ט ע"א) ד"ה רבי מאיר היא וכו' א"כ אין השיב וכו' · א"כ לפ"ז מתורץ קושית שער המשפט דאיך נשבעין לטול שכרן הא צריך לברר ששמר כראוי ע"פ עדים כמובן · דאינו דומה להך דסימן רמ"א הנ"ל · ומה שהביא ראיה מפירש"י כבר כתבתי שאינו מוכח מדברי רש"י לפי סברת המהרי"ט הנ"ל · ובאופן זה יתיישב גם סברת הקצות החושן ומשם תדרשנו למוצא אף כאן :

אחר שאמרתי זאת ראיתי להגאון בעל בית מאיר שכתב ג"כ באה"ע בסוף סימן נ"ח דהך חזקה שמוקמינן כמו שהי' קודם עשי' מקרי חזקה קלה · וגם דהא ראייתו של קצות החושן מתוס' גיטין הנ"ל ות"ל שכוונתי לדעתו שגם אנכי כתבתי לעיל שבודאי בחזקה כזו אין יכולין להוציא ממון · לכן נלפענ"ד טעם אחר מה שחלקו הראשונים בין אם הי' התנאי בקום עשה ובין אם הי' התנאי בשב ואל תעשה · וכמו בקידושין ובגיטין היכא שהי' התנאי בקום ועשה חיישינן שמא תאנס ולא תקיים אבל שב ואל תעשה בודאי מזדהר בתנאי עיין ברשב"א בגיטין (דף פ"ג) בד"ה בכולהו תנאי דעלמא נמי לא תיאניס וכו' · ס"ל מזה הסברא למדו הראשונים ונפסק בשו"ע בסימן רמ"א · שהדין כן גם גבי מתנה · דאם אומר לחבירו הריני נותן לך כך וכך על מנת שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראי' שקיים תנאו משום דכיון דהתנאי הי' בקום ועשה חיובו מה שנתחייב ליתן לו מתנה לא מיקרי ודאי · דאדרבה דחיישינן שמא תארע אונס ולא יוכל התנאי להתקיים מהמקבל מתנה · לפיכך אף שבאה המתנה ליד המקבל יכול הנותן להוציא מידו כדמשמע מדברי השו"ע ומדברי הראשונים שמוציאין מיד המקבל מתנה כיון דחיובו של הנותן שנתחייב ליתן בעת חיובו מיקרי רק ספק חיוב · דשמא יארע לו אונס להמקבל מתנה · ולא יוכל לקיים תנאו מה שבקום עשה וקודם שנתחייב א"ע ליתן החפץ הי' בודאי של הנותן · לכן אין ספק חיוב מוציא מידי ודאי של הנותן · ומשום זה מוציאין מיד המקבל מתנה · ולא דמי למה שכתבו הראשונים בדוכתי טובא (עי' בחו"מ סי' רכ"ג סוף סעיף א') ואם הלוקח מוחזק על המוכר להביא ראי' ועיי"ש בסמ"ע ס"ק ה' ובביאורי הגר"א שם דבחזקת מרא קמא אין מוציאין מיד המוחזק · אף דגם שם בודאי קודם שנולד הספק היתה של המוכר · למה לא אמרינן התם ג"כ דאין הספק של הלוקח מוציא מידי וודאי של המוכר ומוציאין מיד הלוקח אף שמוחזק · דהתם שאני שגם בלא טענותיהם ספק גמור הוא למי שייך הולד כיון שבודאי נעשה מעשה להוציא מחזקתו · אך אין אנו יודעין האיך הי' המעשה · לכן לא מיקרי חזקת מרא קמא וודאי · עיין בתוס' ב"מ (דף ב' ע"ב) ד"ה מה ובתוס' כתובות (דף כ"ג) ד"ה תרווייהו וכו' ויש לומר כגון שאנו יודעים שזרק לו וכו' וברשב"א בגיטין (דף ע"ח ע"א) ד"ה רבה ורב יוסף וכו' · אבל הכא הרי נולד ספק זה לפניך וכו' עכ"ל · מה שאין כן הכא דמתחייב ליתן על התנאי שהוא בקום ועשה לא נולד הספק · רק ע"פ טענותיהם · לכן אין ספק חיוב מוציא מידי וודאי ומוציאין מיד המקבל מתנה · ועוד נראה לי לתרץ · דשאני הכא דמסייעא החזקה דמוקמינן אחזקה שהוא כקודם עשי' ומסייע לוודאי ומוציאין מיד המקבל · וכעין זה כתבו התוס' בב"ק (דף מ"ו ע"ב) ד"ה מידע וכו' · ומודה סומכוס כיון דאיכא תרתי שהוא מוחזק וגם מיקרי חזקת גופו כו' עכ"ל וכעין זה כתבו התוס' בב"מ (דף ק' ע"א) ד"ה הא מני סומכוס וכו' מה שאין כן בהך חזקת מרא קמא שם אין חזקה המסייעת לחזקת מרא

קמא

קמא: אבל אם הי' התנאי על מנת שלא תעשה אנכי אתן לך מאתיים זוז · אף שלא נתן לו מחויב ליתן לו דחיובו וודאי הוא ושמא ביטל את התנאי הוא רק ספק בעלמא ולא אתי ספק שמא בטל · ומוציא מידי וודאי חיוב ומוציאין מיד הנותן אף שלא נתן כדכתבתי לעיל טעמו של דבר · ועיין ברשב"א ביבמות (דף ל') ד"ה אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת וכו' ותמצא סיוע לדברי · וגם בריטב"א הובא בש"ך בח"מ סימן ס"ו אף שהם מבואר אבל בתנאי שהוא בשב ואל תעשה הרי הוא בחזקתו שלא עשה וגם בסמ"ע ס' רמ"א לכאורה משמע מדבריהם דהטעם משום דמוקמינן אחזקתו שנשאר הדבר כמו שהי' מעיקרא · מ"מ נ"ל דיש לכוון דבריהם כמו שכתבתי דעיקר הטעם הוא משום דאין ספק מוציא מידי וודאי · דמשום הכי מוקמינן הדבר אחזקתיה שנשאר כמו שהי' מעיקרא ודו"ק · ובזה מיושב תמיהת בעל המשפט בסימן מ"ו ס"ק י"ח על המהרי"ט · ומאוד גדלה התמי' בעיניו עד שכתב דאשתמיט ליה למהרי"ט דברי הריטב"א · דגם נוכל לומר דהריטב"א ס"ל דעיקר הטעם הוא כמו שכתב המהרי"ט · ומשום זה מוקמינן אחזקה שנשאר הדבר כמו שהי' מעיקרא ומשו"ה כתבו בקיצור דמוקמינן אחזקה דמעיקרא ודו"ק · ולפ"ז נ"ל דדווקא שאינו מכחישו בברי אז אם התנאי בקום עשה אם אין המקבל מכחישו בברי שקיים את תנאו אז מוציאין מידו · וכן אם הי' התנאי בשב ואל תעשה ואין הנותן מכחישו בברי שביטל את תנאו אז מוציאין מיד הנותן דבכל דוכתי דאמרינן דאין ספק מוציא מידי וודאי היינו כשאין מכחישו בברי דו"ק ותשכח ואחד מהם אזכיר מה שנפסק בשו"ע בסי' ע"ה אם טוען שמא פרעתי · דלפי סברת הש"ך הוא מטעם אין ספק מוציא מידי וודאי ומוציאין מיד הלוה · דאם הנותן הי' מכחישו בברי בתנאי שהוא בשב ואל תעשה שביטל את תנאו לא מיקרי חיובו מה שנתחייב ליתן לו המתנה ודאי · דאדרבה דלפי דברי הנותן אין חייב כלל ועל אופן זה לא נתחייב ליתן לו המתנה ואיך נוכל לומר דאין ספק דשמא ביטל את התנאי מוציא מידי וודאי החיוב · לא מיבעיא דלא מיקרי וודאי אפילו ספק חיוב לא מיקרי לפי דברי הנותן · וכן אם הי' התנאי בקום ועשה אם המקבל מכחישו בברי לפי דבריו מחוייב ליתן בודאי הנותן מתנה ולא שייך בזה לומר דלא אתי ספק חיוב ומוציא מידי ודאי שהי' מקודם שנתחייב החפץ של הנותן בודאי ואין יכולים להוציא המתנה שנתן לו הנותן מכבר ועיין בדברינו בקיצורי הדינים שבסוף הפרח · ולפ"ז איני מבין מה שכתב הבית שמואל בסוף סימן ל"ח דכתב מה שמבואר בח"מ סימן רמ"א דעדים מהניא · אבל השתא לא מהניא · וגם הגאון בעל בית מאיר שם נראה שלא ישר בעיניו דברי הבית שמואל · גם בעל המשפט בחו"מ סימן מ"ו ס"ק י"ח כתב ג"כ שעיקר כרב רמ"א דהשתא נ"כ מהניא · [גם הוליד לנו דין חדש לפי סברתו של אדונינו המהרי"ט שם · היכא דמית מקבל כמו בנידון דידן יש להסתפק כיון דמי שהי' יכול לברר מית ונפלי נכסים קמי יתמי · והם אינם יכולים לברר יחזור הדין לתנאי שהוא בלא תעשה אף שהי' התנאי בקום ועשה כיון דמית מקבל · ולפי הנראה הגאון האבני מילואים בסימן ל"ח הסכים לזה · ובודאי לפי סברת המהרי"ט שאם הי' התנאי בשב ואל תעשה שאז הנותן צריך לברר שביטל המקבל את התנאי · אך תיכף כשנתחייב מת על המקבל להביא ראי' שלא ביטל את התנאי כיון דמת בודאי אינו יכול לברר בעדים · אם ביטל המקבל את התנאי או לא · דעד כאן לא נסתפק המהרי"ט היכא דהי' התנאי בקום עשה שעל המקבל לברר שקיים את התנאי · אך כיון דמת המקבל דאיכא למימר דהכא סוף דינא כתחילת דינא כיון שדינו של תנאי זה שהוא במעשה מוטל הראי' על המקיים וכבר נסתלקה מן הנותן שעל דעת כן נעשה ההקנאה ובחזקת בעליה קיימא כל זמן שלא הוברר התנאי ואין היורשים זוכים בה מספק · מה שא"כ בתנאי שהוא בשב ואל תעשה דלאלתר יצאה מחזקת בעלים כיון שאין על המקבל לברר שקיים תנאו · מה שאין כן כשמת הנותן · אף שהי' התנאי בשב ואל תעשה

ולא אל על המקבל שום בירור כלל · רק הבירור אל תיכף על הנותן · וכיון דמת הנותן אל הבירור על המקבל · ועיין בדברינו לעיל שהבאתי לשון המהרי"ט לעיל מינה · ומה שהבאתי כאן ויובנו דברי אלה · ולפי מה שכתבנו הטעם הא דיש חילוק בין אם הי' התנאי בקום ועשה בין אם הי' התנאו בשב ואל תעשה אף היכא דמית מקבל לא חזר הדין לתנאי שהוא בלא תעשה · וכן היכא דמת הנותן לא חזר התנאי שהוא בשב ואל תעשה שיהי' כקום עשה דהסברא שכתבתי שייך ג"כ היכא דמית המקבל · או כגון שמת הנותן] · וגם לפי סברתי' ג"כ יש ליישב קושית הבעל המשפט דלא דמי הך דסימן רמ"א להא דמשני הגמרא בב"מ (דף כ"ח) דנשבעין ונוטלין שכרן · דלכאורה קשה דודאי הדין דשומרי שכר של מטלטלים כשנשבעו שבועת התורה שאמרו כראוי נוטלין שכרן אחר שנשבעו הא איתא בכמה דוכתי ואחד מהם בכתובות (דף פ"ז ע"ב) אמר רבא שתי תשובות בדבר חדא דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והיא נשבעת ונוטלת עכ"ל הגמרא · לפ"ז אמאי צריך הבעה"ב לשלם השכר כשנשבע השומר שכר שבועת התורה הא לא מצינו שבועת התורה שיהא נשבע ונוטל · ויכולין אנו ליישב בדרך זה לפי מאי דאיתא בירושלמי דסוטה פרק שני הלכה ב' דתני ר' טרפון אומר עד אחד נאמן לטמאותה ואין עד אחד נאמן להפסידה מכתובתה ר"ע אומר כשם שעד אחד נאמן לטמאותה כן עד אחד נאמן להפסידה מכתובתה עכ"ל הירושלמי · וכן נפסק בשו"ע אה"ע בסימן קע"ח סעיף י"ב כר' עקיבא דנאמן אף להפסידה מכתובתה מתוך שנאמן לטמאותה משום זה ה"נ כיון שנאמן השומר שכר לשבוע שבועת התורה ולפטור שלא ישלם לבעה"ב החפץ שנאבד באונס · מטעם זה נאמן ג"כ בשבועתו ליטול שכרו · אך לפי הנראה דבשומר שכר לא נוכל לאמר זאת הסברא שאיתא בקידושין (דף מ"ג) והשתא דתקנו רבנן שבועת היסת וכו' וכתבו התוס' ע"ז בד"ה והשתא וכו' ואומר ר"י דלהכי אין נאמנים לאחר שנשבעו משום דרחמנא אמר (דברים י"ט) על פי שנים עדים יקום דבר דמשמע שנאמנים בדיבור בלבד אבל העדים הטוענים לשבע קודם שיאמנו דבריהם אין ממש בעדותם עכ"ל ועיין בשו"ע בסימן קכ"א סעיף א' ובסמ"ע ס"ק י"ז שזאת הסברא מוסכמת אליבא דכולי עלמא · לפ"ז ג"כ הכא בשומר שכר לא שייך זאת הסברא לומר מתוך שנאמן בשבועתו לפטור מלשלם דמי החפץ ה"נ יהא נאמן בשבועתו ליטול שכרו כיון דאינו נאמן רק ע"פ שבועה לא שייך בזה נאמנות · לכן נ"ל כמו שכתבו התוס' בכתובות דף נ"ו ע"א ד"ה זו וכו' ה"נ שאני התם דחייבתו תורה שומר שכר על שלוקח שכר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה הלכך במקום שאין משעבדים עצמם פטורין עכ"ל · הרי מוכח מזה דירדה התורה לסוף דעתו של אדם שכל שומר ושומר משעבד א"ע כפי שכתבה התורה דינו דהא היכא דאין משעבדים א"ע כתבו התוס' דפטורין אלא ודאי דירדה התורה לסוף דעתו של אדם · וה"נ ירדה התורה לסוף דעתו של בעל הבית שבודאי יהיה רצונו שישלם שכר כדי שיצטרך לשבע דאולי נגנב או נאבד ויעקר ויאמר שלא נגנבה או נאבדה ויפטר א"ע בלא שבועה · רק נשבע כשומר חנם שלא פשע דאם לא ישלם הבעה"ב השכר אם יטעון שנאנסה הוי כמו שהותנה ביניהם שאם יטעון שנאנסה יהיה פטור מלשלם השכר ולא יצטרך לשבע רק כשומר חנם ובודאי יהיה רצונו דבעה"ב שישלם שכר כדי שיצטרך לשבע שבועת התורה שכדבריו כן הוא שנאנסה · לכן חייבתו התורה לבעה"ב לשלם שכר אם נשבע השו"ש שנאבדה · וכעין סברא זו מנוזכרת בב"מ (דף כ"ז ע"ב) שירדו חכמים לסוף דעתם של בני אדם דאיתא התם אמר רבא את"ל סימנין לאו דאורייתא היכי מהדרינן אבידתא בסימנין וכו' אלא ניחא ליה לבעל אבידה למיהב סימנין ולמישקלה מידע ידע דעדים לית ליה ומימר אמר כו"ע לא ידעי סימנין מובהקין דידה וכו' ושקילנא וכו' עכ"ל הגמרא · וכיון דמה שחייבתו תורה לשלם השכר אחר שנשבע השומר שכר שנאנסה וכן

כל

כל שומר ושומר לפי דינו איכא בכל דין ודין טעם לדבר דירדה התורה לסוף דעתם של בני אדם במשעבדים ומחייבין א"ע כפי מה שכתב בפרשה לפ"ז הא דמיעטה התורה קרקעות ועבדים ושטרות אם מסרה לשמור אותן משבועה מכלל ופרט וכלל כדאמרינן בב"מ (דף נ"ז ע"ב) מנה"מ דתנו רבנן כי יתן איש אל רעהו כלל וכו' עכ"ל הגמרא וכן בשארי דוכתא בש"ס איכא ג"כ כהאי גוונא. בודאי ג"כ התם איכא טעמא בדבר דקרקעות ועבדים אינו יכול להבריחם השומר כמו מטלטלים וגם אם יארע בהם איזה שיבה יודעים הכל מאיזה דבר נולד השיבה דהכל רואים אותם דאין שומרם במטמונים לפיכך לא חייבתו התורה שבועה עליהם דאין אדם מצוי שיכפור ויעקר בהם דהא כתב הראב"ד הובא בשטה מקובצת בפרק השואל (דף צ"ז ע"ב) ד"ה שוכר וכו' וז"ל ותשובת השאלה שאע"פ בכל שבועת השומרין מטענת במה היא אינו דומה לזה השמא כי השומר יודע האמת ובעל הבהמה לא יוכל לדעת ויכול זה לכפור במה שירצה ולא יתבייש ממנו לפיכך חייבתו התורה שבועה כדי שלא יכפור בו ויפקיד ממונו של זה והתורה עשתה כדברי וכו' · אבל השבת האמור במשנתינו אינו דומה לזה כי שניהן יכולין לדעת האמת ואם יכזב האחד השני יכול להכחישו ואין אדם מעיז פניו וכו'. הלכך אין ההפסד מצוי בו כמו שמצוי בשומר ובשותפין וכו' עכ"ל · א"כ ה"נ בעבדים וקרקעות ג"כ אין ההפסד מצוי בהם שיוכל לכפור במה שירצה ולא יתבייש ממנו כי על פי הרוב שניהם יכולים לדעת האמת כי הקרקעות והעבדים שמסר לשן לשמור הכל רואים אותם ועל פי הרוב יודעים אם יארע איזה שיבה בהם מאיזה דבר נולד זה · לכן לא יוכל לכפור השומר מה שירצה לפיכך לא הטילה התורה על השומר שבועה על הקרקעות והעבדים · וכן נמי איכא טעם מה שמיעטה התורה שטרות שאין נשבע השומר עליהן דכיון דאין גופן ממון אין מצוי שיכפור השומר בהם שאין נפשו של אדם חומדתן לכפור בהם כמו שמצוי לכפור במטלטלין שהן גופן ממון · וגם אין עשוי להשתמש בהן כיון דאין גופן ממון שיארע בהן איזה שיבה בפשיעתו · לכן בודאי השיבה שאירע בהן הוא ע"י אונס וגם בהקדשות איכא ג"כ טעמא דאין נשבעין השומרין עליהן דהקדש מיבדל בדילי אינשי מניה כדאמרינן בכמה דוכתי ואין אדם משתמש בהן שיארע בהן איזה שיבה ע"י פשיעה · והא כ מצאתי בשיטה מקובצת לב"מ (דף נ"ח ע"א) ד"ה אמר ר' יוחנן ג"כ זאת הסברא בהקדש בדילי מיניה אינשי וראוי להאמינו לכל אדם הרא"ש ז"ל עכ"ל · וכ"ת למה פטור השואל באונסין בשטרות · הו בהקדשות דלכאורה לא שייך בזה הסברא שכתבנו · די"ל דבהקדשות ודאי ניחא דבהקדש בדילי מיניה ואסור להשתמש בהם לפ"ז אין כל הנאה שלו לכן פטור מן האונסין וגם בשטרות אין דרך להשתמש בהן · וכ"ת דשאלו לראות בהן דהא איכא איבעי בגמרא בב"מ (דף נ"ו) שאלו לראות בה מהו ופירש"י ע"ז בד"ה לראות שיראה נראה עשיר חשוב ולא ימשכו בעלי בתים ידיהם ממנו · להקיפו באמנה ובאשראי · דבשלמא בהקדשות איכא למימר דאסור לשאול לראות בהן כדאמרינן בב"מ (דף נ' ע"א) נזדמנו לו אורחים לא ישתמש לא על גבי מטה ולא על גבי משוד בין לצורכו ובין לצורכה שאני התם דמיקלא קלי לה אי משום עינא אי משום גנבא · ופרש"י ע"ז בד"ה שאני. התם וכו' בשטיחה זו הוא שורפה ומה היא שריפתה אי משום עינא שהשלוט בה עין רע של אורחין אי משום גנבי פן יגנבוה האורחים וכו' וה"נ אסור לשאול מהקדש כדי לראות בהם · אבל בשטרות לכאורה קשה למה לא יתחייב באונסין אם שאלו לראות בהם וגם על כולם הן בקרקעות והן בעבדים והן בהקדשות למה לא יתחייב השומר שכר בגניבה ואבידה דהטעם שכתבנו אינו מספיק רק לתרץ מה שפטור משבועת התורה · אבל למה לא יתחייב לשלם וכן שואל באונסין וכן שומר חנם למה פטור אף מפשיעה לקצת פוסקים ונראה לי הטעם כיון דלא שכיח בהם אונס בקרקעות ועבדים כמובן וגם כן בהקדשות ובשטרות

לא שכיח אונסין כיון דאסור להשתמש בהן כמ"ש וגם גניבה ואבידה לא שכיח בקרקעות ועבדים כמובן וגם בהקדשות לא שכיח ג"כ בה גניבה ואבידה דמסתמא הקדשות יש להם קול כשיגנם תחת ידו וכעין זה איתא בחולין (דף מ"א ע"ב) במשנה זה הכלל וכו' ובאינו נידר ונידב השוחט לשמו כשר וכו' וכתבו התוס' שם בד"ה אומר וכו' ולעיל דלא חיישינן במה שיש לו זבח בתוך ביתו בצינעא דאית ליה קלא ברגיל להודיע שלא יבואו לידי מעילה עכ"ל הגמרא והתוס' ועיין בש"ך ביו"ד (סימן ס' ס"ק ג') · הרי מוכח מכאן דאם יש תחת ידו הקדש רגיל להודיע לאחרים ואית ליה קלא וע"ז הכל נאמנים כדכתב השיטה מקובצת שהבאתי לעיל · ואף אם היו גונבם היה מחזירם בודאי אם ישמעו הגנבים אח"כ שממון הקדש היא · כדאמרינן בחגיגה דנאמנים עמי הארץ על הקודש שנאמנה מבא"כ בתרומה עיין שם (בדף כ"ד ע"ב) במשנה אומר בתרומה וכו' · וגבי שטרות נמי לא שכיח גניבה ואבידה כדכתב הש"ך בחו"מ (בסימן ס"ד ס"ק ד') כיון דלא יוכלו הגנבים לגבות בשטרות שגנבו שהלוים לא ישמעו להם לשלם וגם שהלוה יבקש מהם שלא ישלמו לגנבים · וגם ליכא למיחש שיעשו הגנבים קנוניא עם הלוים דמן הסתם כל אדם עומד בחזקת כשרות ולא יעשה קנוניא עיי"ש בארוך בזה הסברא על ענין אחר · לכן לא משעבדי השומרים א"ע שיתחייבו כל חד וחד לפי דינו · דהא כבר כתבתי לעיל בשם התוס' דכתובות פרק אע"פ דהיינו טעמא דהשומרים חייבים כל חד וחד לפי דינו משום דמשעבדים א"ע ככל הכתוב בפרשה · וכיון דלא שכיח בקרקעות ועבדים ושטרות והקדשות שיארע בהן שום היזק אינם משעבדים א"ע לכן פטורין · ובדומה לזה אמרינן בב"מ (דף צ"ד ע"ב) אלא שבויה בשואל מנ"ל וכ"ת נילף משבורה ומתה מה לשבורה ומתה שכן אונסא דסליק אדעתא הוא תאמר בשבויה שכן אונסא דלא סליק אדעתא הוא וכו' ופירש"י ע"ז שכן אונסא דסליק אדעתא הוא ועל מנת כן שיילה וכו' · הרי מוכח מזה לפי ס"ד דגמרא שבדבר שלא סליק אדעתא לא משעבדי השומרים א"ע · ומשו"ה עבדים וקרקעות כיון דלא שכיח בהו היזק לא משעבדי השומרים א"ע · ואף שבב"מ (דף צ"ח) אמרינן התם דדוקא אם קנו מיד השומר אז מועיל שעבודם של השומרים להתחייב באחריות עבדים וקרקעות וכו' · אבל בדברים בעלמא אם התנה השעה"ב עם השומרים שיהיו מחוייבים אינו מועיל עיי"ש בתוספות ובראשונים שם · וכן נפסק בשו"ע בחו"מ סימן ש"א · והכא לא שייך האי טעמא דלא סליק אדעתייהו דשומרים שישעבדו א"ע כיון דלא שכיחא בהן היזק · כיון דהותנה הרי הוכן דסליק אדעתייהו · מ"מ נ"ל כיון דהתם שומרים לא משעבדו נפשיהו בעבדים וקרקעות · אף היכא דשומר אחד יצא מכללם ושיעבד א"ע להתחייב באחריותן בטלה דעתו אגב שאר השומרים והוי כמו אסמכתא וכמו פטומי מילי בעלמא עיין בב"מ (דף ס"ו ע"א) ובחו"מ (סימן ר"ז סעיף ה' וז') אבל אם קנו מידו לא הוי פטומי מילי · כיון דעשה קנין על האחריות · וגם הקנין מסלק את האסמכתא ואף דבנדרים (דף כ"ז ע"ב) אמרינן שם והלכתא אסמכתא קני' וכו' והוא דקני מני' בב"ד חשוב הרי מוכח דקנין שלא בפני ב"ד חשוב לא מהני לסלק את האסמכתא ועיין בחו"מ (סי' ע"ג ובש"ך שם ס"ק ג') מ"מ נ"ל דהכא מהני קנין לחוד אף שלא בפני ב"ד חשוב · כיון דלא נזה דלא הוי מלתא יתירתא כ"כ דהא במטלטלים משעבדים השומרים א"ע באחריותן עיין בב"מ (דף ק"ד ע"ב) וזאת הסברא מבוארת בכמה מקומות · וכיון דלא הוי רק כעין אסמכתא אם משעבדים השומרים באחריותן בקרקעות ועבדים. לכן מהני קנין לחוד כיון דגמר בדעתו להתחייב ולא לסמוך על דבריו עיין בתוס' ב"מ (דף ס"ו ע"א) ד"ה ומגומי (ועיין בש"ך בחו"מ סימן ע"ג ס"ק י') בשם מבואר זאת הסברא · ולפ"ז ניחא הקושיא של בעל התשב"ץ אף לפי סברתי שכתבתי טעם הדבר שחלקו הראשונים ונפסק בשו"ע בסימן רמ"א הנ"ל בין אם היה התנאי בשב ואל תעשה ובין אם היה בקום עשה משום דאין ספק מוציא מידי ודאי ומוציאין מיד המוחזק עיין בחבורינו שכתבנו זאת הסברא באר

שיטעו ה"נ גבי שומר שכר צריך בעה"ב לשלם שכרו אף דלכאורה הוא התנאי בקום עשה דאם ישמור כראוי אז צריך לשלם שכרו · מ"מ כיון דבשטרות ובהקדישות ובקרקעות ועבדים לא שכיח שיארע בהם היזק · לפ"ז כשנתחייב בעה"ב ליתן את שכרו להשומר הוי כמו ודאי שנתחייב לו אף שכתבתי לעיל דבתנאי שבקום ועשה לא מיקרי ודאי מה שנתחייב ליתן לו המתנה אם יקיים התנאי המקבל דדילמא יארע לו אונס שלא יוכל לקיימו כמו שכתבו הראשונים ז"ל והבאתי לעיל · התם ניחא לפי מה שכתב הש"ך בדיני מיגו באות כ"ב דפשטיה דש"ס ריש פרק המפקיד דאיתא התם שומר שכר שאמר נגנבה מקני ליה כפילא דאי בעי פטר נפשיה בשבורה ומתה שואל באמר הריני משלם לא מקני ליה כפילא במאי הוה ליה למפטר נפשיה במתה מחמת מלאכה מתה מחמת מלאכה לא שכיח עכ"ל הגמרא · משמע דאונסה שכיחא ולדעת התוס' והטור והמחבר והסייעתה הכי קאמר מתה מחמת מלאכה לא שכיחא כלל · ועיין (בסי' ק"ח סעיף ד') ובש"ך שם · וכיון דלדעת הש"ך שכיחא שיאנסו לפיכך אין חיובו מה שנתחייב ליתן מתנה לחבירו על מנת שיעשה שום דבר בקום עשה לא מיקרי חיובו ודאי דשמא יאנס ולא יקיים התנאי כיון דשכיח שיאנס לדעת הש"ך וגם לדעת התוס' והסייעתה ג"כ שכיח קצת שיארע אונס · דאל"כ יהיה קשה לדבריהם משוגיא דריש פרק המפקיד כמו שכתב הש"ך ומשום זה לא מיקרי חיובו ודאי כיון דשכיח קצת שיארע אונס : אבל הכא גבי קרקעות ועבדים ושטרות והקדישות כיון דלא שכיח כלל שיארע בהם היזק דמשו"ה כתבתי הטעם דפטורין השומרים מלשלם אם יארע בהם איזה היזק · לפ"ז כשיתחייב בעה"ב ליתן שכרו להשומר אם ישמרם כראוי מיקרי חיובו ודאי ולא אתי הספק דאולי לא ישמרם כראוי ומוציא מידי ודאי החיוב :

ולפי דברינו ניחא מפני מה מבואר בשו"ע סימן ע"ב סעיף י"ד אם הלוה תובעו ביתרון שהי' שוה המשכון יותר על דמי החוב ויש עדים בזה או שהמלוה מודה לו אלא שטוען שנאבד באונס ותובע דמי חובו ישבע המלוה שאינו ברשותו ושלא שלח בו יד ושנאבד באונס וגובה חובו מהלוה · שהרי אין הלוה יודע כיצד נאבד והוה ליה כהלויתני ואיני יודע אם החזרתים לך עכ"ל · דמשמע דמשו"ה חייב הלוה לשלם משום שאין הלוה יודע · ולפ"ז כתב הסמ"ע שם בס"ק מ"ג ומינה דאם טוען הלוה ברי לי דלא נאנסת אין המלוה נוטל בשבועתו דלכאורה קשה הא בלאו האי טעמא המבואר בשו"ע וגם אם הלוה טוען ברי שלא נאנסה · מ"מ צריך הלוה לשלם החוב כיון דנאמן המלוה בשבועה שנאנסה צריך לשלם לו החוב כמו שו"ש שצריך הבעה"ב לשלם לו שכרו אם נשבע שנאנסה · אך לפי מה שכתבנו לעיל ניחא · דהתם איכא טעמא דהתורה ירדה לסוף דעתו של אדם שרוצה לשלם השכר כדי שישבע שלא נגנבה או נאבדה דאם לא ישלם שכרו לא ישבע רק כשומר חנם כמו שכתבתי לעיל · משא"כ הכא אף אם לא ישלם לו הלוה החוב מ"מ המלוה הוא שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף (עיין בסמ"ע בסימן ע"ב · ס"ק ט' וש"ך שם ס"ק י"א) · וגם איכא טעם אחר דהמלוה נקרא שומר שכר על המשכון אם נהנה המלוה בהלואה שהלוה לו · כגון שנתן לו בתורת עסקא המעות דהמלוה נוטל חלק הרוח מהעיסקא שנעשה במעותיו · (עיין ביו"ד סימן קע"ז סעיף ד' ובחו"מ סימן יו"ד ק"ח סעיף ד') ולפ"ז הוה שומר שכר משום דתפס לו אחובו · כמו שאמרינן בב"מ (דף פ' ע"ב) דכל האומנין שומרי שכר הן · שההיא הנאה דתפס ליה אאגרא דלא בעי למיעל ומיפק אזוזי הוה ליה שומר שכר · וע"ש בתוס' ד"ה דקא תפס ליה וכו' · ולפ"ז בין אם הוי המלוה שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף בין אם הוי המלוה ש"ש משום דתפס ליה אחובו אף אי אמרינן דהלוה אין צריך לשלם לו החוב אם נאבד באונס · מ"מ הוא שומר שכר על המשכון וקבל ג"כ שכרו עבור מה שהי' שומר שכר על המשכון לכן לא שייך לומר בזה דרצון הלוה שישלם את חובו כדי שיצטרך לשבע שנאנסה כיון דבין כך ובין כך צריך לשבע · לכן כתבו טעם

אחר דצריך הלוה לשלם לו חובו דהוי כאינו יודע אם פרעתי :

גם נוכל לתרץ בקצרה קושית הבעל המשפט הנ"ל · אם נאמר הא דמיעטה התורה קרקעות ועבדים והקדשות ושטרות מדין שומרים היא מצד גזירת הכתוב ג"כ ניחא · דמה שצריך הבעה"ב לשלם שכרו אם נשבע השומר · דמצד הדין בעה"ב צריך לשלם את שכרו אף כשאינו נשבע דכיון דהאמינה התורה להשומר בכל שיסי' פטור מלשלם אם נגנבה או נאבדה בלא שבועה מצד גזרת הכתוב ה"נ מהימן על שכרו שיצטרך הבעה"ב לשלם שכרו אף אם לא נשבע כמו שהבאתי לעיל זה הסברא מהירושלמי דשוטה הנ"ל ומא"ע סימן קע"ח הנ"ל : ומה דאמרינן בגמרא דנשבעין ליטול שכרן הוא רק מתקנת חכמים כמו באמר נשבעין ונוטלין כדכתבתי לעיל · ולפ"ז תירוצו של בעל המשפט בסימן ש"א הנ"ל ומה שמתרץ קושית הש"ך על רמ"א אם אינו עולה יפה לפי דברינו דהא איתא בגמרא בב"מ (דף נ"ח) דלא נעשה שומר שכר על הקרקעות ועבדים ושטרות והקדישות רק כשקנו מידו ועיין שם בתוס' וברא"ש ובשיטה מקובצת שנותנים טעם לזה דלמה לא נעשה שומר שכר אף בלא קנין · כדאיתא בפרק הפועלים (דף נ"ד) מתנה שומר חנם להיות כשואל להתחייב באונסין (ועיין בחו"מ סימן ס"ו בסמ"ע ס"ק ל' ובש"ך שם ס"ק קכ"ט) · ולפ"ז מוכח שאף אם בפירוש לא האמינו הבעה"ב לשומר שכר שיפטור א"ע משמירת כל הני בלא שבועה · מ"מ פטור הוא משבועה מצד גזירת הכתוב דאף דהוא לא האמינו · התורה האמינתו · ולפ"ז לא נוכל לומר כסברת בעל המשפט דמשו"ה אם מסר שטרות לשומר אחר הוי כמי שמשליכו בנהר משום דבשטרות אין צריך לשבע ולא דמי למטלטלין שמסר לשומר אחר דשם יצטרך השומר השני לשבע להשומר הראשון שנאנסה דכיון דהוכחתי אף דבפירוש לא האמינו הבעה"ב להשומר כי אם בשבועה מ"מ התורה האמינתו שפטור מלשלם אף בלא שבועה · ה"נ כשמסר לשומר אחר שטרות אף דפטור השומר השני משבועה ויכול הבעה"ב לומר את מהימנת לי אף בלא שבועה והשומר השני לא מהימן לי · דהא התורה האמינה בכל הני שיסי' פטורים מלשלם אף בלא שבועה אף שבעל הבית בפירוש לא האמינם כי אם בשבועה כדהוכחתי · ולפ"ז כשמסר השומר הראשון לשני שטרות לא הוי כמו שמשליכו בנהר כמו שכתב הש"ך · ולפ"ז הדין כדברי הש"ך דפטור ולא כדברי בעל המשפט · גם הקו"ח סימן ס"ו ס"ק ע' משמע ג"כ שדעתו נוטה לדברי הש"ך :

גם נ"ל לתרץ לפי מה שכתבתי לעיל הטעם · דמה שצריך בעה"ב לשלם שכר אחר שנשבע השומר שכר דמתוך שנאמן בשבועה לפטור מלשלם עבור החפץ שנתן לו לשמור כן ג"כ נאמן בשבועתו ליטול שכרו · אף שהדיתי נרגא לעיל בזה הסברא · מ"מ אייתב לפי הסברא הזאת דלא קשה מהך דסי' ע"ב הנ"ל דלמה כתבו הטעם דהלוה צריך לשלם החוב משום דהוי כטוען איני יודע אם החזרתים לך ומזה הטעם הוציא הסמ"ע דין חדש כמו שכתבתי לעיל דבריו הקדושים · הא גם בלא זה צריך הלוה לשלם החוב דהא כיון דהמלוה נאמן בשבועתו לפטור מלשלם עבור המשכון אם שוה יותר על חובו · נאמן ג"כ בשבועתו שצריך לשלם לו הלוה החוב כמו שצריך הבעל הבית לשלם שכר להשומר שכר · די"ל דלפי מה שכתבנו בכפתור ראשון בפרח ב' דבתרי עניני ובתרי גופי לא אמרינן מתוך שנאמן ע"ז נאמן ע"ז · ה"נ גבי חוב שהלוה על המשכון · ומה שצריך לשבע שנאבד באונס ויפטר א"ע מלשלם · הוי תרי עניני · דהחוב עומד לפירעון ולא לנכות המשכון עבור החוב · לכן אף שנאמן המלוה בשבועתו שנאנס המשכון ופטור מלשלם · מ"מ אינו נאמן ע"י שבועתו שיצטרך הלוה לשלם לו דמי חובו · דזה הוי כמלתא אחריתא ולא שייכים זה עם זה · משא"כ כשהשומר שכר נשבע שנאנסה אמרינן מתוך שנאמן בשבועתו לפטור א"ע מלשלם עבור דמי החפץ שמסר לו לשמור נאמן ג"כ בשבועתו שצריך ליתן לו שכרו · דהתם השבועה היא באה מתוך שצריך ליתן לו שכר · דאל"כ הי' נשבע כשומר חנם כמו שכתבתי לעיל · וכיון דשייכים אהדדי אמרינן מתוך

שנאמן

שנאמן ע"ז נאמן גם ע"ז · אך שכתבתי שם דבעינן תרי גופי הכא הוי רק בתרי עניני לבד · דבאמת הכא דאיכא טעם דאף שאם נאמן ע"י שבועתו לפטור מלשלם מיקרי דבר קל לגבי מה שיהי' נאמן ע"י שבועתו שיהי' צריך השבעה"ב לשלם שכרו דכתבו הרבה פוסקים דלהחזיק ממון נאמן עד אחד אבל להוציא ממון בעינן שני עדים עיין בח"מ סימן ל"ז ובש"ך שם ס"ק נ' דהיכא דלא איתחזק באיסור אשת איש מהני עד אחד וכן נ"כ בממון היכא דאין צריך להוציא מיד המוחזק ג"כ נאמן עד אחד דהא גמרינן זה מזה מגזירה שוה דבר דבר כדאיתא בכמה דוכתי כידוע וכן מבואר במהרי"ק שורש ע"ב · ועוד כיון דגמרינן דבר דבר מממון איכא למימר דון מינה ומינה · מה התם להוציא ממון מחזקתו אף כאן להוציא אשה מחזקת איסורא או מחזקת היתר עכ"ל ועיין בתשובות הגאון ר"ע איגר בסימן קנ"ד וכבר כתבנו בזה הפרע בכפתור ראשון פרח ז' · ועיין שם בדברינו כי הארכנו שם בזה · וגם כתבנו שם בשם בני הגאון יצחק והכהן המנוח מוה' מנחם נחום נתן מנוחתו בג"ע · לפ"ז אף שנאמן בשבועתו לפטור א"ע · מ"מ אינו נאמן להוציא הוצו דזה מיקרי דבר חמור · וכיון דהוי תרי עניינים ומחמור לקל לא אמרינן מתוך שנאמן המלוה לפטור את עצמו מלשלם עבור המשכון ע"י שבועתו יהי' נאמן להוציא החוב מן הלוה :

דינים היוצאים מפרח הזה

א דין דאם שומר מסר לשומר שטרות פטור השומר הראשון מלשלם כדעת הש"ך בסימן ש"ה ס"ק ד' דלא כשער המשפט :

ב דין דאם התחייב אדם לחבירו ליתן לו מתנה ע"מ שיעשה לו דבר פלוני דנפסק הדין בחו"מ סימן רמ"א דעל המקבל להביא ראי' שקיים את תנאו כיון דהתנאי הי' בקום עשה אף במת המקבל צריכין היורשים לברר שקיים אביהם את תנאו · ואם לא יבררו פטור הנותן מליתן · אף שמהרי"ט בתשובותיו אינו סובר כן · מ"מ כתבתי זה הדין אם יסכימו רבותי עמי · וכן אם הי' תנאי שב וא"ת שעל הנותן להביא ראי' ג"כ הדין כן :

ג דין מה שמבואר בשו"ע בסימן רמ"א הנ"ל שאם הי' התנאי בקום עשה צריך המקבל לברר שקיים את תנאו · ואף אם באה המתנה ליד המקבל מוציאין מידו היינו דוקא שאין המקבל מכחישו בברי שקיים את תנאו אבל היכא שמכחישים בברי בקיים את תנאי אין מוציאין מידו · וכן הדין אם היה התנאי בשב ואל תעשה שאז צריך הנותן לברר שביטל את תנאו ג"כ הדין דדוקא היכא שאין הנותן מכחישו בברי · אבל אם הנותן מכחישו בברי אין מוציאין מידי הנותן · אם עדיין לא נתן אף שהבית שמואל בא"ע סוף סימן ל"ח לא סובר כן · מ"מ כתבתי אם יסכימו רבותי עמי · ומה שמבואר בשו"ע שצריך לברר בעדים דמשמע דדוקא עדים מהני אבל הכחשה לא · השו"ע מילתא דפסיקא נקט דאם מכחישו בברי אם יתפוס היינו בתנאי בקום עשה אם הי' המקבל מכחישו בברי אף שלא היו מוציאין מידו · מ"מ אם תפס הנותן אף בעדים לא היו מוציאין מידו · אבל כשיש עדים שקיים את תנאו היו מוציאין מיד הנותן וכן הדין בשב ואל תעשה · שאם הי' הנותן מכחישו בברי שביטל את תנאו אף שלא היו מוציאין מידו · מ"מ אם תפס המקבל אף בעדים לא היו מוציאין מידו · אבל אם יש עדים שביטל את תנאו היו מוציאין מיד המקבל · וכן הדין אם ליכא עדים לא יכול המוחזק אף שטוען ברי שכדבריו כן הוא אין יכול לקדש את האשה בחפץ זה כיון דמהני תפיסה א"כ · אבל כשיש עדים יכול לקדש את האשה בחפץ זה ומש"ה נקט השו"ע שצריכין לברר בעדים · שאז החפץ הוא בודאי של האיש כמו שהעידו עדים · ויכול לקדש את האשה בהחפץ הלזה :

פרח ב

ולפי מה שכתבתי לעיל בסוף הפרח דבתרי עניני ומקל לחמור · לא אמרינן מתוך שנאמן על הדבר הקל יהיה נאמן על הדבר החמור · עיין בדברינו שבסוף הפרח הקודם יתיישב מה שהקשה הקצות החושן בסי' רע"ז בסעיף י"ב ס"ק ב' לדעת הרמב"ם דנאמן האב לומר זה בני בכורי אף על פי שלא הוחזק לבנו כלל · מהא דאמרו בפרק ב' דכתובות (דף כ"ב) דתניא הרי שבא ואמר בני זה וכהן הוא נאמן להאכילו בתרומה ואינו נאמן להשיאו אשה דברי רבי א"ל ר' חייא וכו' וא"ל אי מאמינו להאכילו בתרומה שבידו להאכילו בתרומה והיכי מאמינו להשיאו שאין בידו להשיאו אשה ע"ש ואי נימא דנאמן בתורת הכרה אפי' באינו מוחזק בבנו א"כ אמאי אינו נאמן להאכילו בתרומה אפי' בלא מיגו דהכי היכי דנאמן למשוי בן גרושה וחלוצה ה"נ יהיה נאמן להכשירו נ"ל כמו שכתב בנימוקי יוסף פרק אלמנה לכהן גדול דהיכא שהבעל טוען ברי שהוא כשר והיא מכחישתו י"א דהולד ספק ממזר כיון דברי וברי הוא וי"א שאם היה טוען שלא זזה ידו מתוך ידה שהוא נאמן להכשירו דכיון שהאמינו התורה לפוסלו כ"ש שהוא נאמן להכשירו דאית לאמו חזקה דכשרות וכו' וכתב הריטב"א שהיא טעמא דמסתבר עכ"ל ע"ש · וא"כ ה"נ כיון שהאב נאמן לומר בני זה בן גרושה וחלוצה בתורת הכרה אמאי אינו נאמן להאכילו בתרומה ובתורת יכיר אפילו בלא מיגו בשלמא הא דאינו נאמן להשיאו אשה אפשר דהוא משום מעלה דיוחסין אבל לתרומה אמאי אינו נאמן וצ"ע עכ"ל · ואנכי הוסיף לחזק את הקושיא של הקצות החושן דלא נוכל לתרץ הא דנאמן האב על בנו שהוא בן גרושה וחלוצה · לחומרא שלא יעבוד עבודה ולא יאכל קדשים ותרומה · אבל שיהיה מותר לאשה חללה אינו נאמן האב לאמר שהוא בן גרושה ובן חלוצה אף דלהכרת בכור נאמן שיטול פי שנים התם מלך גזירת הכתוב אבל לעשותו בן גרושה וחלוצה די לנו להתורה לאמר שדוקא לחומרא אבל לא לקולא להתירו בחללה כי בהדיא מוכח מהר"ן פרק עשרה יוחסין על המשנה איזה הוא שתוקי כל שמכיר את אמו ואינו מכיר את אביו שכתב שם באע"פ שאמו נאמנת להכשיר אינה נאמנת לפסול ולאמר ממזר הוא וכו' ואע"ג דהיה נאמנת כדאיתא בגמרא עכ"ל · פירש דהיה נאמנת לאמר שהולד הוא ממזר להתירו ליבא ממזרת ע"ש בדבריו כי כן כתב בהדיא ואנכי קיצרתי בלשוני · והוכחות הר"ן מהגמרא (דף ע"ג ע"ב) ת"ר נאמנת חיה לאמר זה כהן כו' וזה ממזר וכו' וגם (בדף ע"ה) איתא ג"כ במשנה שת"ק סובר שאין האב נאמן לאמר על עובר שבמעיה שממזר הוא ור"י אומר דנאמנים לפ"ז לר' יהודה סבירא ליה דנאמנים לומר שהוא ממזר אף להתירו ליבא ממזרת כדהוכיח הר"ן (בדף ע"ג) שם ג"כ איתא בזה הלשון וכשמביאה הגמרא הברייתא שם כדתניא וכו' נכלל שנאמן אדם לאמר זה בני בכור כך נאמן אדם לומר זה בני בן גרושה ובן חלוצה · א"כ מוכח דמותר ליבא להבן שאמר עליו אביו שהוא בן גרושה ובן חלוצה חללה · דכל הני ליבני נקטא הגמרא בחדא גונא ומהיכי תיתי נוכל לחלק ביניהם במה שנאמן לאמר שהוא בן גרושה ובן חלוצה היינו דוקא לחומרא · ולא לקולא להתירו בחללה אלא ודאי דהאב נאמן אף לקולא להתירו בחללה · לפ"ז קמה קושית הקצות החושן אמאי אינו נאמן האב להאכילו לבנו תרומה כיון שנאמן לפסול אותו ולהתירו בחללה כ"ש שנאמן להכשירו ולהאכילו בתרומה · כדהביא ראיה מהנ"י הנ"ל · אך לפי דברינו דלעיל דבתרי עניני וגם הוא מקל לחמור אף שנאמן על דבר הקל אינו נאמן על דבר החמור · נלפענ"ד לתרץ קושי' בזו · ובתחילה אמרתי שאף שמותר ליקח אשה חללה הבן שאמר עליו אביו שהוא בן גרושה וחלוצה מיקרי איסור שאינו חמור לגבי אכילת תרומה · דלהתירו לכהן נאמן עד אחד שהוא בן גרושה ובן חלוצה ומותר ליקח חללה אם לא הוה ליה חזקת כהונה שהיו מוחזקין בו מקודם שהוא כהן אף שאמר ר' יוחנן בקדושין (דף ע"ג) אין ערעור פחות משנים הא מסיק הגמרא שם הני מילי היכא דאיתא

דאיתא חזקה דכשרות אבל היכא דליכא חזקה דכשרות חד נמי מהימן עד כאן לשון הגמרא· אף שהגמרא שם מיירי לענין ערעור דממזר מ"מ גם לענין להתירו לחללה ג"כ הדין· שאם לא הוה ליה חזקת כהונה כגון שילדו שתי נשים בבית אחת אחת נתעברה מחלל ואחת נתעברה מכהן כשר ע"א נאמן לאמר בזה הולד הוא חלל להתירו בחללה וזה הולד מכהן כשר להתירו לאכול בקדשים ולעבוד עבודה כעין שאיתא בקדושין (דף ע"ג) נאמנת חיה לאמר וכו' כדכתבו התוס' בכתובות (דף כ"ו) ד"ה ואמר רבי יוחנן דפריך שם הגמרא על ערעור דכהונה דנאמן עד אחד הא אמר רבי יוחנן ד"ה אין ערעור פחות משנים· כתבו התוס' שם וזה לשונם נראה לר"י דר"י עיקר דבריו על משנתינו· ולהכי לא קא משני הכא הני מילי היכא דאיכא חזקה דכשרות וכו' כדמשני בפרק עשרה יוחסין (דף ע"ג ע"ב) עכ"ל· וכן כתב השיטה מקובצת שם בד"ה והא אמר ר' יוחנן וכו' בשם כמה ראשונים והוכיחו זאת מהירושלמי עיי"ש שכן מבואר בהדי' בשם כמה וכמה ראשונים· ואנכי קצרתי· הרי מוכח בהדי' דגם לענין ערעור כהונה נאמן עד אחד לאמר שהוא בן גרושה ובן חלוצה להתירו בחללה אם לא היה להכהן חזקת כהונה שהוא כהן כשר· ומה שבעינן תרי הוא דוקא אם היה ליה חזקת כשרות כהונה· ולפ"ז אף שהבן שאמר עליו אביו שהוא בן גרושה והלוצה מותר ליקח אשה חללה· מ"מ מיקרי איסור שאינו חמור לגבי שיהיה מותר לאכול בתרומה ע"פ עדותו של אביו שאמר עליו בני זה וכהן הוא· דלהתירו בחללה סגי בעד אחד אבל להאכילו בתרומה לכאורה נראה דבעי שנים לפי מה שכתבו התוס' בעירובין (דף ל"ז ע"א) ד"ה שני לוגין וכו' אבל למכור לאחרים לא מעשרי וכו' ואע"ג דאינן חשודין על הגזל הכא לא חשיב ליה גזל דהוי ממון שאין לו תובעין ועוד דכל זמן שלא הופרש אינו דומה שהוא גזל שעדיין לא נתחייב ליתן לכהן או ללוי וכו' עכ"ל דמשמע מדבריהם דעמי הארצים ידמו בעיניהם שאינו גזל· אבל באמת אם לא נתן התרומה והמעשר היא גזל ביד בעה"ב כדאיתא בכמה דוכתי· ולפ"ז אם בא אחד לאכול תרומה ואינם מכירים אותו רק על פי אב שאמר שבני הוא וכהן הוא אם מאמינים את האב להאכילו בתרומה הוי כמוציא ממון ע"פ עדותו· שהתרומה של הכהנים הוא· ומשום זה אף כשמאמינים את האב להתירו ליקח חללה· אבל הוי אמינא דאין יכול לאכול תרומה ע"פ עדותו דבזה בעינן שנים כמו גבי עדות דשאר ממון אבל בחללה סגי בע"א ואינו חמור כתרומה· לכן צריכין הטעם שמפני זה מותר הבן לאכול בתרומה על פי עדותו של אב מפני שבידו להאכילו בתרומה ודבר שהוא בידו נאמן אף גבי ממון כדאיתא בסנהדרין (דף ל' ע"א) ת"ר אמר לבן אחד אני ראיתי אביכן שהטמין מעות בשידה תיבה ומגדול ואמר של פלוני הן של מעשר שני הן בבית לא אמר כלום בשדה דבריו קיימים כללו של דבר כל שבידו ליטלן דבריו קיימים אין בידו ליטלן לא אמר כלום· וכן איתא בחו"מ סימן רנ"ה סעיף ח' וכן גבי דבר שבערוה דגמרינן ג"ש דבר דבר מממון דבעינן שנים ג"כ היכא דבידו נאמן כדאמרינן בבבא בתרא (דף קל"ד ע"א) אמר רב יוסף השתא דאמרת אמרינן הואיל בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה וכו' לא נקשיא כאן למפרע כאן להבא וכו'· וכן נפסק בשו"ע א"ע בריש סימן קנ"ב דהיכא דבידו לגרשה ספק מגורשת· וביאר הטעם דמפני מה אינה מגורשת בודאי דכל המגרש יש לו קול ומדליכא קול ש"מ דלא גירשה עיין בבית שמואל ס"ק א' שכתב זה הטעם מדברי הראשונים· הרי מכל זה מוכח דבין בממון ובין בדבר שבערוה אף דבעינן שנים· מ"מ היכא דבידו נאמן ע"א· ואף מי שפסול לעדות אם בעינן עדות כגון בעל שאמר גרשתי את אשתי· מ"מ נאמן היכא שבידו· ה"נ גבי אב נאמן לומר על בנו שהוא כהן לאכול בתרומה ע"פ עדותו· וכ"ת אמאי עד אחד נאמן להאכילו בתרומה דרבנן

דאיתא בכתובות (דף כ"ח ע"א) במשנה ואלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן וכו' ושהיה איש פלוני יוצא מבית הספר לטבול ולאכול בתרומה ושהיה חולק עמנו על הגורן וכו' עכ"ל המשנה· ומסיק הגמרא שם דמיירי מתניתין בתרומה דרבנן ועיין בא"ע סימן ג' דעד אחד נאמן להאכילו בתרומה בזמן הזה עיי"ש· ולפי מה שכתבתי דאיכא גזל השבט בתרומות ומעשרות ומשום זה בעינן שנים מה שכך שהוא תרומה דרבנן מ"מ לא יהיה עד אחד נאמן גם בזה· כיון דאיכא גזל השבט והוי כמו שאר ממון דבעינן שנים· די"ל לפי מאי דאיתא בב"ק (דף קי"ד ע"ב) אמר רב אשי אין מסיח לפי תומו כשר אלא לעדות אשה בלבד א"ל רבינא לר"א ולא והרי נחיל של דבורים מסיח לפי תומו הוא· שאני נחיל של דבורים דקנין דרבנן הוא וכו' ה"נ גבי תרומה דרבנן אין להכהנים בהם זכות רק מדרבנן· לכן נאמן עד אחד ולפ"ז יהי' חילוק אף דבממון בעינן שנים היינו דוקא היכא שבאים להוציא ממון ע"י עדותם אם לא יהיה כדבריהם· יש להמוחזק קנין מדאורייתא בהממון· אבל היכא דאין להמוחזק קנין רק מדרבנן נאמן גם בעד אחד להוציא הממון הזה על ידו· וכ"ת דמ"מ להבעלים אם לא היו צריכין. להפריש את התרומה היה להם קנין בהתבואה מדאורייתא· זה אינו דהכל הפקיעו חכמים זכותם של הבעלים ונתנו זכותם להכהנים כן אמרתי בהשקפה ראשונה· אך לאחר שהתבוננתי בדבר הזה ראיתי שזאת לא נוכל לומר לפי מאי דאיתא ביומא (דף כ"א ע"ב) אלא שאני בי גזא דאהרן דאפקריה רחמנא גבי אחיו הכהנים וכו'· ולפ"ז מה שאמרה התורה להפריש תרומות ומעשרות ג"כ אפקריה רחמנא בי גזא דישראל· גבי אחיהם הכהנים או הלוים שיתנו התרומה לכהנים והמעשרות ללוים· ומה שמצד הדין מותר לאכול בתרומה דלא יש עליו איסור זרות גם לגביה אפקריה רחמנא בי גזא דישראל שאין בזה לגביה שום חשש איסור גזל· לכן כיון דנאמן ע"א שליכא לגביה איסור זרות· ליכא לגביה ג"כ איסור גזל ומותר להאכלו תרומה על פיו· אך צ"ל שמפני זה מיקרי תרומה איסור חמור לגבי מה שמותר ליקח חללה ע"פ עדותו של אב· דאיתא בכתובות (דף כ"ד ע"ב) איבעיא להו מהו להעלות מנשיאות כפים ליוחסין תיבעי למ"ד מעלין מתרומה ליוחסין וכו' תיבעי למ"ד מעלין הנ"מ תרומה דעון מיתה הוא אבל נשיאות כפים דאיסור עשה לא או דילמא לא שנא וכו' והובא בשיטה מקובצת שם בד"ה מהו להעלות וכו' משום רבינו תם שפירש בספר הישר כיון דעון מיתה הוא צריך שנים וכיון שע"פ שנים מעלין וכו' עכ"ל· וכן פירש הרב המגיד בפרק כ' מהלכ' איסורי ביאה הלכה א' לאחד פירושא· ולפי דבריהם בודאי מיקרי תרומה איסור חמור לגבי מה שמותר ליקח חללה· דהתם נאמן ע"א כמו שכתבתי לעיל אבל גבי תרומה בעינן שנים· ואף שלחד צד אמרינן שם בגמ' בהאיבעי או דילמא לא שנא דאיכא חילוק בין איסור עשה לאיסור תרומה שבמיתה אף דבודאי באיסור. עשה נאמן ע"א· היינו דוקא התם הוא דאמרי' דליכ' חילוק בין איסור עש' לאיסור מיתה משום דגם באיסור עשה בודאי דייקי בה רבנן וגם שאני גבי שלא להעלות לנשיאות כפים עד שיבדקו אחריו שהוא כהן בודאי ועל פי רוב גילוי מילתא בעלמא הוא· שיכול לברר אם כהן הוא או לא· גם נוכל לומר כיון דנשיאות כפים דפרהסיא הוא לא מחליף איניש נפשיה להיות מחזיק עצמו ככהן והוא באמת לאו כהן הוא· כדאמרינן בגמרא שם תיבעיא למ"ד אין מעלין· לכן שקולין שני הסברות דבתרומה איכא עון מיתה ובנשיאות כפים איכא הסברא דפרהסיא הוא דליכא גבי תרומה ומשו"ה אמרינן בגמרא או דלמא לא שנא· ועיין במשנה למלך פרק א' מהלכות יום טוב הלכה י"ז שמביא כמה סוגיות מהגמרא ומדברי הראשונים והאחרונים לחלק בין איסור כרת ללאו באיזה דינים· וכיון דאיסור תרומה מיקרי איסור חמור דבעינן שנים· לגבי איסור שיקח חללה· דהתם נאמן ע"א משום זה אף דנאמן האב לומר על בנו שהוא בן גרושה וחלוצה ומותר ליקח חללה על פיו מ"מ אי לאו טעם דבידו להאכילו תרומה לא הוי האב נאמן שיאכיל בנו בתרומה·

כיון

כיון דהוא חמור מאיסור חללה · וגם הוא תרי עניני לא אמרינן כיון דנאמן ע"ז נאמן ג"כ ע"ז כמו שכתבתי בסוף פרח הקודם · וגם לפי מה שפירש הרב המגיד שם דגם בתרומה נאמן ע"א מ"מ הא חזינן דבגמרא דכתובות הנ"ל קרא תרומה איסור חמור לגבי איסור עשה · כיון שהוא במיתה · ה"נ גבי איסור חללה אף שהוא בלאו מ"מ תרומה איסור חמור לגביה כיון שהוא במיתה · ומש"ה לא אמרינן מתוך שנאמן ע"ז נאמן גם ע"ז כיון דהוי תרי עניני מאיסור שאינו חמור לחמור כמו שכתבתי בסוף פרח הקודם · כן נראה לפענ"ד ליישב קושיות הקלות החושן הנ"ל :

פרח ג

ולפי מה שהוכחנו לעיל דאף דהאמינה התורה לאב על בנו באיסור שאינו חמור מ"מ אינו נאמן על איסור חמור וגם הוא ענין אחר מענין שהאמינו התורה להאב דאל"כ יקשה קושיות הקלות החושן בסימן רע"ז הנזכר בפרח הקודם נשאר לנו ליישב שלא יקשה על רבינו אליהו הובא בתוס' קידושין (דף ע"ד) ד"ה כשם וכו' וא"ת מנא ליה לר"י הא בשלמא זה בני בכור דין הוא שיהי' נאמן דהוי טוב לולד אבל לפוסלו אמאי נאמן · ותירץ משם הרב אליהו דהיינו טעמא דנאמן משום דכתיב כי את הבכור בן השנואה יכיר וכו' וקאי יכיר אתרווייהו וע"ש ודברי הרבינו אליהו צריכין להבין · דהיכא אמרינן לקמן במתניתין דהאומר זה בני ממזר ר"י אומר נאמן · ואמרינן התם בגמרא כדתניא וכו' והיכי מייתי מבן גרושה לענין ממזר · דהא"נ אמינא דדווקא בן גרושה שאינו פוסלו לבוא בקהל נאמן ולא לעשותו ממזר · ובשלמא לתירוץ ראשון שכתבו התוס' ניחא אכן לתירוץ הרב אליהו קשה דיליף דנאמן לומר זה בני ממזר מדכתיב בן השנואה יכיר ולדידיה לא מוכח אלא לבן גרושה · והקושיא זו הובא בשער המלך בהלכות איסורי ביאה הלכה י"ו בפרק ט"ו בשם הרב ע"י ז"ל · ותירץ ע"ז השער המלך דר' יהודה הכי יליף דכיון דנאמן לומר זה בני בן גרושה הרי זה בא לפוסלו בקהל כהונה · דכיון דמשוי ליה לבנו חלל הוא פוסלו מלבוא בקהל כהונה · וה"נ נאמן לומר זה בני ממזר לפוסלו בקהל ככ"ל ע"ש שהאריך · וכעין קושי' זו ותירוץ זה כתב התוס' יו"ט בקידושין פרק ד' במשנה ח' בד"ה רבי יהודה וכו' ·· ולפי מה שהוכחנו בפרח הקודם · דאף דנאמן האב על איסור שאינו חמור אינו נאמן על איסור חמור · וגם הוא ענין אחר למה שהאמינה התורה את האב · לפי הנראה אינו עולה התירוץ של התוס' יו"ט ושל שער המלך יפה · דלפי הסברא נראה דמה שנאמן לפוסלו מכהונה הוא דבר קטן לגבי אם נאמר שיהי' נאמן לפוסלו מלבוא בקהל וגם הוא תרי עניני וצריכין אנו לתרץ כמו שתירץ הרב ע"י ז"ל הובא בשער המלך שם דצריכין לומר דר' יהודה ס"ל דגם ממזר בחייבי לאוין כמו שכתבו התוס' לקמן · ולפ"ז כשנאמן האב לאמר שהוא בן גרושה וחלוצה הרי הוא ממזר ופסול לבוא בקהל ישראל · אך השער המלך כתב דהם דברים תמוהים שהרי אי ס"ל לר' יהודה כר' עקיבא דגם ממזר בחייבי לאוין ע"כ ס"ל דקרא דכי תהיין מיירי בחייבי עשה או בבעולה לכהן גדול. אליביה דר' סימאי כדאיתא בפ' האומר (דף ס"ח) · וא"כ אכתי הדרא קושי' לדוכתא דכיון דקרא לא מיירי אלא בחייבי עשה דאין בהם משום ממזרת היכי יליף מינה לענין ממזר · ולפענ"ד להרץ הקושי' של שער המלך שתירוץ של הרב ע"י ז"ל נכונים המה · לפי מאי דאיתא בקידושין (דף ס') דהא בא אחד ואמר לה הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר ל' יום · ובא אחר ואמר לה הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר עשרים יום · ובא אחר ואמר לה הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר עשרה ימים וכסדר הזה אמר ר' יוחנן אפי' מאה תופסין בה · אמר ליה רב משרשי' בריה דרב אמי לר' אמי אסברא לך טעמא דר' יוחנן שוו נפשיה כשרגא דליבני דכל חד וחד רווחא לחבריה שבק עכ"ל הגמרא וע"ש בפירש"י בד"ה אסברא לך וכו' דלכאורה צריכין להבין לפי דברי ר' יוחנן · איך מוקי הפסוק כי תהיין לפי מאי דמוכח מהסוגיא דקידושין (דף ס"ח ע"א) דאמרינן שם ולר"ע דאמר אין קידושין תופסין בחייבי לאוין כי תהיין במאי מוקים באלמנה לכהן גדול וכו' כמאי דתני' ר' שמאי אומר מן הכל הי' ר"ע עושה ממזר חוץ מאלמנה לכהן גדול וכו' עכ"ל הגמרא · דמוכח מזה דהפסוק דכי תהיין מיירי באופן דתפסי קדושין דאל"כ לא מיקרי כי תהיין דהא לית בה הויה · וגם מוכח מהסוגיא הזאת דהפסוק דכי תהיין מיירי דוקא שהקדושין הי' בעבירה משום דשנואה משמע שתהי' שנואה בתחילת נשואין כן הוכיחו התוספות ביבמות (דף מ"ט ע"ב) ד"ה שוטה וכו' דאל"כ יהי' קשה אמאי פריך הגמרא לר"ע כי תהיין במאי מוקי לה לוקמה במחזיר סוטה דבסוטה אפי' ר"ע מודה שאין הולד ממזר כדאיתא ביבמות שם אמר אביי הכל מודים בבא על הנדה ועל הסוטה שאין הולד ממזר וכו' עכ"ל הגמרא · וכן נמי איתא זאת המימרא בקידושין (דף ס"ח) הנ"ל ע"ש בדברי התוס' שהאריכו שם בזה ועיין במהרי"ט בחידושיו לקדושין שם ד"ה הכל מודים דמבאר דברי התוס' דיבמות הנ"ל מה שלכאורה צריכין להבין דבמחזיר סוטה הרי תחילת נישואיה הי' בעבירה · ומתרץ דברי התוס' בטוב טעם עיין בדבריו דלקמן שאכתוב את דבריו הקדושים אי"ה · ולפ"ז לר' יוחנן דאמר אפי' קידושי מאה תופסין בה וצריכה גט מכולם · במאי מוקי לה הקרא דכי תהיין דהא לפי דבריו ע"כ מודה ר"ע שאין הולד ממזר לא מגרושה לכהן הדיוט ולא מאלמנה ובעולה לכהן גדול · דהא לפי הטעם שאמר אביי ביבמות ובקדושין הנ"ל דמסוטה אין הולד ממזר ופירש"י בקדושין הטעם בד"ה שאין הולד ממזר שהרי עדיין קדושין עומדים בה עכ"ל · ואף שהתוס' שם הקשו על פירש"י מ"מ לבסוף הסכימו לפירש"י · ואף שלכאורה קשה עוד על פירש"י דנדה נמי לא פקעי קידושין אפילו הכי איצטריך קרא לומר דתפסי בה קדושין כשמחזירה כדאיתא בגמרא שם אמר קרא ותהא נדתה עליה אפילו בשעת נדתה תהא בה הוי' עכ"ל הגמרא וקושי' זאת הובאה במהרי"ט הנ"ל שם בשם ר"י ז"ל ותירוץ המהרי"ט על קושי' זאת אינו מובן לי · דמתרץ דסוטה לא איצטריך קרא לומר דתפסי בה קידושין כשמחזירה דאמאי לא לתפסו בה דמשאר חייבי לאוין דלא תפסי בהו קידושין לר"ע לא גמרה דמה להנך שכן לא שייכי בהו קידושין כלל · תאמר בזו דשייכי בה קידושין הראשונים כשעודה תחתיו · ולא פקעי מינה · אבל בנדה איצטריך קרא דלא נילף מאחות אשה בהיקישא · דאע"ג דאיכא למפרך · ע"כ הקישן הכתוב · כדמוכח מגמרא שם · ומפני קיצור דעתי אינם מובנים לי דבריו הקדושים דהא איתא ביבמות (דף מ"ט ע"א) מ"ט דר"ע דאמר אין קדושין תופסין בחייבי לאוין דכתיב וכו' ולר' סימאי דמרבה שאר חייבי לאוין דלאו דשאר ולר' ישבב דמרבה אפי' חייבי עשה נפקא להו מולא וכו' עכ"ל הגמרא (פירוש דהוה ליה לכתוב לא יגלה ומדכתיב ולא יגלה שמעינן שאר חייבי לאוין דלאו דשאר וגם חייבי עשה ע"כ) · ולכאורה צריכין להבין דילמא היתור וי"ו מרבה רק שחייבי לאוין דלאו דשאר דגם מהם הוי ממזר · אבל חייבי עשה מנלן דהוה ממזר · וצריכין אנו לומר דהיתור ו' מרבה הכל · כמו דאמרינן בשאר דוכתי דריבוי ומיעוט וריבוי הריבוי הראשון מרבה הכל · אף שיוכל לומר דלא מרבה רק מקצתה ולא כל הדברים שיש איזה פירכא באיזה דברים · ולפ"ז אינו מובן סברת המהרי"ט דלר"ע ג"כ מוכח דכל האיסורים שוים המה והוי כמו שהקישן הכתוב זה לזה ולא נוכל להוציא אף חייבי עשה בזה בודאי פירכא גדולה דילמא מרבה קרא רק חייבי לאוין כדמוכח מקדושין (דף ס"ח) הניחא לר' ישבב או לאפוקי מדר' סימאי קאתי שפיר וכו' ומנלן לר' ישבב דמרבה אפילו חייבי עשה ואביי אמר הכל מודים בבא על הנדה ועל הסוטה וכו' דמשמע דגם ר' ישבב מודה דמסוטה ומנדה לא הוי הולד ממזר · כדכתבו התוס' שם (בדף ס"ז ע"ב) בד"ה מנא הנ"מ דהכל מודים משמע דכו"ע מודים · א"כ לדידיה קשה אם נפרש

כפירש"י דמשום הכי בסוטה לא הוי הולד ממזר · משום דעדיין הקדושין עומדין בה למה איצטריך קרא בנדה דלא תפסי קדושין · דהא גם בה הקדושין עומדים בה דלא נוכל לומר כסברת המהרי"ט משום דחייבי כריתות ע"כ היקישן הכתוב · ומש"ה איצטריך קרא הא גם חייבי לאוין ג"כ הוי כמו שהקישן הכתוב זה לזה · ולא נוכל לפרוך מה לסוטה שעדיין הקדושין עומדים בה · כ"ז כתבתי רק להתלמד :

ונלפענ"ד לתרץ באופן אחר · דכיון דגלי לן קרא בנדה שלא פקעו הקדושין צריכין להבין הטעם מפני מה שאני איסור נדה משאר חייבי כריתות דע"כ הקישן הכתוב וצריכין אנו לאמר דאף דהקישן הכתוב ולא נוכל לפרוך שום פרכא דלא נוכל ללמוד זה מזה כדמוכח בגמרא שם אפ"ה גלי הקרא דהך סברא דעדיין הקדושין עומדים בה עדיפא מכל הפרכות דמשום זה לא הוי ממזר מנדה וכיון דגלי לן קרא דהיא סברא אלימתא יותר משאר הפרכות דמשום זה אע"ג דהקישן הכתוב אפ"ה לא הוי ממזר משום הך סברא · כן ה"נ בחייבי לאוין לר"ע אע"ג דהוי כמו שהקישן הכתוב כמו שהוכחתי ולא פרכינן שום פרכא · מ"מ בהך סברא דבסוטה עדיין הקדושין עומדים בה לא הוי ממזר ולא ילפינן משאר חייבי לאוין כדגלי לן קרא מנדה ואין מן הצורך לגלות לנו הקרא גם בשאר חייבי לאוין כי כבר גלה לן קרא בחייבי נדה · ולפ"ז לר' יוחנן לפי מאי דמוכח מסוגיא דקדושין (דף ע"ח) דכי תהיין מיירי כשתחילת נשואים היו בשואין ומש"ה משמיעינו הקרא דלא יוכל לבכר · דה"א כיון דר"ע בנשואין דחייבי לאוין ס"ד דלאו בנו גמור הוא כמו שכתבו התוס' שם ד"ה וכי יש · צריכין להתבונן איך מוקי אליביה קרא דוכי תהיין אליבא דר"ע · דלא נוכל לאוקמי הקרא לא בגרושה לכהן הדיוט ולא באלמנה ובעולה לכהן גדול כדמוקי הגמרא התם דהא בגרושה לכהן הדיוט אין בנו ממזר ובנו גמור הוא · דהא ודאי קדושין תופסין לדידיה אליביה דר"ע בגרושה כיון דסבירא ליה דקדושי מאה תופסין בה · א"כ משכחת לה שבעת שקידשה לא היתה גרושה כלל · ואחר שנתקדשה נעשה גרושה · כגון שקדשה כהן מעכשיו ולאחר ל' יום ובא שני וקדשה מעכשיו ולאחר כ' יום ואח"כ גירשה השני דיכול לגרשה תיכף · כיון דחלין הקדושין מיד לר' יוחנן עיין בא"ע סימן מ' בבית שמואל ס"ק ח' ואנן קי"ל דריח הגט פוסל בכהונה כדאיתא בכמה דוכתי ואחד מהם ביבמות (דף נ"ד ע"א) דתניא וכו' והיינו ריח הגט דפוסל בכהונה וכן נפסק בא"ע ריש סימן ו' לא מיבעיא אי אמרינן דריח הגט דפוסל בכהונה הוא מן התורה כי כן נראה שהריב"ש בסימן שמ"א סובר כן ועיין בביאורי הגר"א שם ס"ק ג' דמשמע ג"כ דנפסלה מן התורה והביא דעת הריב"ש הנ"ל · ודאי אם גרשה השני נפסלת לראשון אם הוא כהן מן התורה ואף לדעת הרמב"ם דסובר דאין נפסלת מריח הגט רק מדרבנן ומה שלמדו מהקרא דאשה גרושה מאשה דנפסלת בריח הגט הוא אסמכתא מכל מקום נראה לי בכהאי גוונא כולי עלמא מודים · דאם גרשה השני נפסל לראשון אם היה כהן מן התורה · דשם ליכא רק ריח הגט בעלמא ואינו נתפס הגירושין באשה כלל · אבל הכא כשגירשה השני גירש את חלקו שהיתה נתפסת לו בקידושיו ובזה החלק נתפסת הגירושין באשה כשאר גירושין דעלמא · וכיון שכן שיש בהאשה איזה חלק ממנה שהיא מגורשת גמורה בודאי אליביה דכו"ע אפילו לדעת הרמב"ם נפסלת מן הכהונה מן התורה · וכיון שהעליתי דנפסלת להראשון מן התורה אם היה כהן כשגירשה השני אליביה דכו"ע · נמצא אם היה באופן זה אם אח"כ כנסה הראשון אם היה לו בן ממנה לא הוי ממזר · דהא עדיין הקדושין שלו עומדים בה כדכתב רש"י הטעם בסוטה דמש"ה לא הוי הולד ממזר משום דעדיין הקדושין עומדים בה דהיא פרכא אלימתא · דלא נוכל ללמוד משאר חייבי לאוין כדהוכחתי לעיל דבזה מיושב פרש"י ממה שהקשה עליו · וכ"ת הא החלק האשה שגרשה השני אין הקדושין של הראשון עומדים בה דהא החלק הזה לא קידשה כלל הראשון ושבק רווחא להשני כדאמרי' בקדושין (דף ס') הנ"ל · וכשבא האיש הזה והוליד ממנה בן יש בו צד ממזר מחלק האשה שאין הקדושין עומדים בה כדאמרינן (ביבמות דף מ"ה ע"ב) אמר רב יהודה מי שחציו עבד וחציו בן חורין הבא על בת ישראל אותו ולד אין לו תקנה וכו' אלא כי אתמר דרב יהודה כגון שבא על אשת איש ונמצא צד חירות שבו משמש באשת איש וכו' ופירש"י ע"ז בד"ה כגון שבא וכו' הכא ממזר משום צד חירות דהוי כשאר ישראל הבא על אשת איש דהולד ממזר · וכן נפסק בא"ע סימן ד' סעיף י"ז וע"ש בבית שמואל ס"ק כ"ח ה"נ הולד ממזר משום הך צד של אשה שגירשה השני · דהא בזה הצד לא היו הקדושין עומדים בה · אך נראה לי דכיון שכתבתי לעיל דלכו"ע האשה הזאת שגרשה השני נפסלת להראשון אם היה כהן לכו"ע אף לדעת הרמב"ם וגם הך צד של האשה שקידשה הראשון ג"כ נפסלת אותו הצד לו מן התורה אם היה כהן · דכיון דיש באשה איזו צד שנתפס הגירושין כמו גרושה דעלמא היא אם גרשה השני · ולפ"ז בהך צד של האשה שהקדושין עומדים בה מאותו צד בודאי לא הוי ממזר · כדכתב המהרי"ט בקדושין (דף ס"ח) ד"ה הכל מודים וכו' לתרץ הקושיות של התוס' ביבמות · אמאי לא מוקי הקרא דכי תהיין במחזיר גרושתו דפשיטא לן דכל שלא היתה שנואה בתחילת נשואיה אע"פ שנולד הולד מעבירה לא יפסיד בכך חלק בכורה · כגון אם בא על אשתו והוליד בן מדהזכיר כאן הכתוב שנואה כלומר שהויתה היתה בעבירה ואילו נטמאת ועודה תחתיו אין הולד הנולד מפסיד חלק בכורה אף אם גרשה והחזירה סברא הוא שלא יפסיד חלק בכורה דמשום שגרשה אין בה איסור נוסף · הלכך מסתבר דלא מיירי קרא אלא אותן שלעולם הן שנואות בנשואיהן כגון חייבי לאוין ולא זו שנשואיה הראשונים היו בהיתר ואשמועינן שקדושין תופסין בכל חייבי לאוין עכ"ל · וכעין סברא זו כתבו התוס' בקדושין (דף ס"ח) ד"ה הכל מודים ע"ש בסוף הדיבור · ולפ"ז ה"נ כאן דכיון דמאותו צד של אשה שהקדושין של הראשון עומדים בה לא הוי ממזר · אף דנפסלת אותו הצד משום גרושה מן התורה כמו שכתבתי אין סברא שמאותו הצד מה שאין הקדושין עומדים בה יהיה ממזר · ולפי דעתי הסברא הזאת נלמדת מכל שכן ממחזיר גרושתו לפי סברת המהרי"ט ודו"ק · וכיון שהעליתי דעתי שמאשה גרושה כזאת לא הוי בנו ממזר ובנו גמור הוא לפי סברת המהרי"ט הנ"ל במחזיר גרושתו דהוי בנו גמור ה"נ אם נשא כהן אשה גרושה ה"נ לא הוי בנו ממזר · דהא אין יכולין לחלק מאשה גרושה כזאת שעדיין קידושי הראשון עומדים בה מאשה גרושה דעלמא שאין לו בה שום קדושין כמו דלא מחלקין בין שזינתה תחתיו דלא הוי בנו ממזר ובנו גמור הוא ובין מחזיר גרושתו דלא הוי בנו ממזר ובנו גמור הוא לפי סברת מהרי"ט הנ"ל · וכיון דלא מחלקינן בין איסור גרושה כזאת לגרושה דעלמא לענין הבן דהוא הוי בנו גמור · ה"נ לא מחלקינן בין איסור גרושה כזאת לאיסור גרושה דעלמא לענין קדושין · וכמו דלא פקעי הקידושין של הכהן מהאשה זאת ה"נ נתפס הקדושין של כהן בגרושה דעלמא לפי סברת התוס' בקדושין (דף ס"ח) ד"ה הכל מודים הנ"ל · וגם לפי סברתי שכתבתי לעיל ליישב פירש"י דקדושין (דף ס"ח) מה שהקשה עליו ר"י הובא במהרי"ט שם · דכיון דגלי לן קרא בנדה דמחמת פרכא דהקדושין עומדים בה לא דמי נדה לשאר חייבי כריתות · ה"נ במחזיר גרושתו לר"ע לא נוכל ללמוד משאר חייבי לאוין כיון דיש באיסור לאו כזה שיהיו הקדושין עומדים בה כשזינתה תחתיו · ג"כ לא נוכל למילף במחזיר גרושתו משאר חייבי לאוין מחמת הפרכא אלימתא דמצינו באיסור לאו כזה שהקדושין עומדין בה והקדושין לא פקעי בודאי · ולפ"ז הוא הדין בגרושה לכהן הדיוט כיון שמצינו בלאו

הזה

בזה שהיו הקידושין עומדין בה אליבא דר' יוחנן לא נוכל ללמוד לר"ע אף אם נשאה בהיותה גרושה משאר חייבי לאוין כיון דיש בלאו הזה פירכא אלימתא דלא פקעי הקידושין אם נתגרשה תחתיו · ולפ"ז תופסין אף אם לקחה בהיותה גרושה והולד הנולד ממנה הוי בנו גמור · כיון דלא נוכל למילף משאר חייבי לאוין · וכיון שכן צריכין להבין איך מוקי ר' יוחנן הפסוק דכי תהיין · דהא הוכחתי אליבא דר' יוחנן דבאיסור גרושה לכהן נתפסו הקידושין ואם הוליד ממנו בן הוא בנו גמור לכל דבר · ולפ"ז לא נוכל לאוקמי הקרא בגרושה לכהן הדיוט דעל זה לא צריך הקרא להשמיענו דלא יוכל לבכר כמו דלא צריך קרא במחזיר סוטתו כמו שהסביר לנו המהרי"ט הנ"ל · כן ה"נ לא אצטריך לאשמועינן בגרושה לכהן הדיוט דלא יוכל לבכר והדו"ק היטיב בדברי דלעיל · וכ"ת דמוקי הקרא באלמנה או בבעולה לכהן גדול דבזה לכאורה לא נוכל לאמר דלא צריך הקרא להשמיענו דלא יוכל לבכר דבאלמנה לכהן גדול לא שייך זאת הסברא כמו דנתארמלה בעודה תחתיו · כגון שבא כהן גדול וקדשה מעכשיו ולאחר שלשים יום ובא אחר וקדשה מעכשיו ולאחר עשרים יום ומת השני לא פקעי הקדושי כהן גדול · ולפ"ז אם הוליד ממנה בן אח"כ לא הוי ממזר ובנו גמור הוא · הכי נמי אם קידש כהן גדול אלמנה דעלמא ג"כ אין בנו ממזר ובנו גמור הוא ונתפסו הקדושין שלו כמו שבארנו זאת הסברא באריכות בגרושה לכהן הדיוט · דלא נוכל לומר כן דבאלמנה לא שייך זאת · דהא איתא ביבמות (דף ס"א) אירס את האלמנה ונתמנה להיות כהן גדול יכנוס עכ"ל המשנה · וכן נמי זה הדין בבעולה לכהן גדול אם נעשית בעולה תחתיו נסתפקו התוס' אם יכנוס או לא יכנוס עי"ש (בדף נ"ט ע"א) בד"ה הא לא אשתני וכו' · ולפ"ז לא שייך ללמוד אם כנסה אלמנה ממה שנתאלמנה בעודה תחתיו כגון שמת השני שקדשה מעכשיו ולאחר עשרה ימים · דהא בזה ליכא שום עבירה כלל ומותר לקיימה אף לכתחילה · וכיון דליכא שום עבירה לא יכול ללמוד שתחילת הקדושין היתה בעודה אלמנה דבזה איכא עבירה כשכנסה אח"כ · משא"כ בגרושה כשנתגרשה בעודה תחתיו דאיכא עבירה כשבא עליה · ואפ"ה אין הולד ממזר · כן הכא נמי כשתחילת הקדושין היתה בעבירה ג"כ אין הולד ממזר כמו שהסביר לנו המהרי"ט שהבאתי לעיל ובנו גמור הוא ונתפס הקידושין ג"כ כמו שכתבתי לעיל בשם התוס' דקדושין · אך זה אינו דלר' ישבב מוקי הגמרא התם דהפסוק דכי תהיין בבעולה לכהן גדול ופריך הגמרא מאי שנא · ומשני משום דהוה ליה עשה שאינו שוה בכל · הרי חזינן דהגמרא נתן טעם מפני מה יש חילוק בין האיסורין דמ"ש הך מהך ואם נימא דבגרושה לכהן הדיוט לא הוי הולד ממזר · ובאלמנה לכהן גדול הוי הולד ממזר ליכא שום טעם לחלק · דגרושה לכהן הדיוט יהיה קיל יותר מאלמנה לכהן גדול ואדרבה הסברא נותנת דגרושה לכהן הדיוט חמור הוא מאלמנה לכהן גדול דאיסור גרושה כולל איסורא יותר שהיא אסורה גם לכהן הדיוט ולכהן גדול · משא"כ באלמנה דאינה אסורה רק לכהן גדול · ואין להתעקש ולומר כיון דבגרושה שייכה בה סברת המהרי"ט · ומחמת זה קיל יותר מאלמנה לכהן גדול דגבה לא שייך סברת המהרי"ט · דזה אינו דהלימוד בגרושה שאין הולד ממזר אם היתה תחילת הקידושין כשהיתה גרושה הוא הלימוד אם נתגרשה בעודה תחתיו והלימוד הזה הוא חמור יותר מאיסור אלמנה לכהן גדול אם נתאלמנה תחתיו · דאם נתגרשה בעודה תחתיו איכא עבירה כשבא עליה אח"כ משא"כ כשנתאלמנה בעודה תחתיו ליכא שום עבירה כשבא אח"כ עליה כדהבאתי לשון המשנה ביבמות (דף ס"א) לעיל · ולפ"ז בודאי אין לאמר דאלמנה לכהן גדול יהיה יותר חמור מגרושה לכהן הדיוט · ולפ"ז אליבא דר' יוחנן לכאורה לא נוכל לאוקמי הקרא דכי תהיין לא בגרושה לכהן הדיוט ולא באלמנה ולא בבעולה לכהן גדול · דכיון דאף אם לא משמיענו הקרא דלא יוכל לבכר אם היתה תחילת נשואיה של האשה שנולד הבן הן בגרושה והן באלמנה והן בבעולה לכהן גדול · הוה ידעינן מדעתינו שלא יוכל לבכר כיון דהוי בנו גמור לכל דבר דאין לנו שום חילוק בין כל הני ובין מחזיר סוטתו דלא נוכל לאוקמי הקרא במחזיר סוטתו דלא יוכל לבכר דממילא ידעינן דהוי בנו גמור כדהוכחתי לעיל אליבא דר' יוחנן · ולפ"ז לכאורה קשה במאי מוקי הקרא דכי תהיין ר' יוחנן אליבא דר' עקיבא דבשאר חייבי לאוין לא נוכל לאוקמי הקרא דהפסוק אמר וכי תהיין משמע דאית בה הוי' · ובחייבי לאוין ס"ל לרבי עקיבא דלא תפסי הקידושין :

לכן נלפענ"ד דר' יוחנן פליג אדאביי · דאמר בקדושין (דף ס"ח) הנ"ל וביבמות הנ"ל · דאיתא התם אמר אביי הכל מודים בבא על הנדה ועל הסוטה שאין הולד ממזר · אמר חזקיה אמר קרא ותהי נדתה עליו אפילו בשעת נדתה תפסא בה הוי' דתלה אביי זה בזה · כיון דקדושין תופסין אין הולד ממזר · ור' יוחנן ס"ל אף דהקדושין תופסין מ"מ הולד ממזר דעל זה אין לימוד מן התורה דתליא זה בזה רק מצד הסברא אמר אביי דתליא זה בזה כדכתבו התוס' בסוגיין (דף ס"ז ע"ב) ד"ה מנה"מ וכן כתבו התוס' בכמה דוכתי ואחד מהם עיין ביבמות (דף מ"ד ע"ב) בתוס' ד"ה שאשה זונה וכו' ולר"ע משום דגלי לן קרא שיש ממזר מחייבי כריתות · כדילפינן בסוף פירקין (דף מ"ט) וגלי לן נמי דלא תפסי בהו קידושין כדאמרינן בסוף האומר (דף ס"ח ושם) · משום הכי אית למימר דהא בהא תליא כו' עכ"ל · ולפ"ז נוכל לומר דר' יוחנן לית ליה הך סברא כיון דהך סברא בעלמא הוא וסובר דאף במה דתופס הקידושין מ"מ יכול להיות דהולד ממזר · וכדי שלא יפלא בעיניך איך נוכל לומר דקדושין תופסין ואפ"ה הולד הנולד ממנה הוי ממזר · דמצינו לרבינו הגדול בעל פני יהושע כתב ג"כ בקדושין (דף ס"ז) על תוספות דבור המתחיל מנה"מ ואומר ר"י דאין ה"כ ע"ש שכן מבואר בהדיא והביא ראיה דלא תלוי זה בזה · ואף דקדושין תופסין מ"מ הולד הנולד ממנה הוי ממזר מגמרא והתוס' · וראיה נכונה היא · ולפ"ז נוכל לומר דאביי אזיל לשיטתיה דמשמע מקדושין (דף ס') דלית ליה הך דר' יוחנן דאמר אפי' קידושי אחות תופסין בה מדמפרש טעמא דרב התם דפליג אדרב יוחנן ע"ש שכן מבואר בהדי' · אמר אביי לטעמא דרב וכו' · ולפיכך סובר דתלה הך בהך אם הקדושין תופסין בה אין הולד ממזר דלא נוכל לסבור כר' יוחנן דאמר אפי' קידושי אחות תופסין בה דלהך סברא לא נוכל לומר דתליא זה בזה · ויהיה קשה במאי מוקי הקרא דכי תהיין כמו שכתבתי לעיל · אבל ר' יוחנן דסבירא ליה דלא תליא זה בזה · ואף דהקדושין תופסין בה · מ"מ הוי הולד ממזר כמו שכתבתי ניחא אף למאי דסבירא ליה דקידושי אחות תופסין בה דמוקי הקרא דכי תהיין אליבא דר' עקיבא באלמנה לכהן גדול ואליבא דר' סמאי ור' ישבב בבעולה לכהן גדול · דאתי לאו דמשמיענו הקרא דלא יוכל לבכר ה"א דאין בנו גמור · אף דקדושין תופסין באמו וכן בגרושה לכהן הדיוט דהקדושין תופסין בה אליבא דר' יוחנן דנלמד זאת ממחזיר סוטתו כמו שהסביר לנו המהרי"ט שהבאתי לעיל · ומכש"כ באלמנה ובעולה לכהן גדול דודאי תפסי קדושין בה דגרושה חמירא יותר מהם כמו שהוכחתי לעיל באריכות מ"מ יכול להיות דהולד הנולד מאלמנה ובעולה לכהן גדול שהוא ממזר כיון דלר' יוחנן לא תלוי זה בזה כמו שכתבתי לעיל · והוה אמינא שאינו בנו גמור אם נולד מאלמנה ובעולה לכהן גדול · וה"א דיכול לבכר · לכן משמיענו הקרא דכי תהיין דלא יוכל לבכר · ולפ"ז לר' יוחנן יכולים לאוקמי הקרא דכי תהיין אף בגרושה לכהן הדיוט דבגרושה לכהן הדיוט ג"כ קדושין תופסין בה אליבא דר"ע כמו שכתבתי לעיל ואף במחזיר סוטתו ג"כ נוכל לאוקמי הקרא דאף שהקדושין תופסין בה מ"מ יכול להיות דהולד ממזר · דפליג על אביי כמו שכתבתי לעיל · ומה שמוכח מקדושין (דף ס"ח) הנ"ל דלא נוכל לאוקמי הקרא במחזיר סוטתו כמו שהסביר לנו המהרי"ט הנ"ל · מ"מ לפי מה שכתבתי לעיל דר' יוחנן פליג אדאביי ע"ש · והסוגי' דקדושין (דף ס"ח) אזלא אליביה דאביי כמו שהביא בתחילת הסוגי'

מימרא דאביי · ואביי ס"ל דאם הקדושין תופסין לא הוי הולד ממזר לכן נוכל לומר דאף במקום שתופס הקדושין מ"מ כיון שבתחלת נישואיה היתה שנואה אינו מיקרי בנו גמור · לכן משמע ליה דהפסוק דכי תהיין מקפיד שתהיה שנואה בתחילת נשואיה אז הולך הכתוב להשמיענו דלא יוכל לבכר · משא"כ לר' יוחנן דפליג עליו וסבירא ליה דאף במקום שתופסין הקדושין מ"מ הוי הולד ממזר וכיון דלא תליא זה בזה אף שהיא סברא אלימתא לתלות זה בזה כדמשמע מכמה דוכתי בש"ס דתליא זה בזה · מכל שכן שאין לומר מחמת שתחילת נשואיה היה כשהיתה שנואה ה"ה דאין בנו גמור · אבל כשהיתה שנואה אהר הנשואין מיקרי בנו גמור · כיון דלא תליא היחוס של בנו בתפיסת הקדושין · כש"כ דאינו תליא בהא · לכן אליבא דר' יוחנן מוקמינן הקרא דכי תהיין בכל אופן · הן במהזיר סוטתו · והן בגרושה · והן באלמנה ובעולה לכהן גדול · דאף דתופסין הקדושין בכל הני · אף לר' עקיבא אליבא דר' יוחנן · מ"מ ה"א דאין בנו גמור אף כשלא היתה שנואה מתהילת נשואיה דכיון דנוכל לומר דלר' יוחנן אליבא דר"ע הוה בנו ממזר מכל הני מכל שכן דנוכל לומר דה"א דאין בנו גמור ויכול לבכר · והוצרך הקרא דכי תהיין להשמיענו דלא יוכל לבכר · הדרן לדברינו דלר' יוחנן לא סבירא ליה הך סוגיא דקדושין (דף ס"ח) הנ"ל כיון דסבירא ליה דקידושי מאה תופסין בה · ואל יפלא בעיניך לומר כן שר' יוחנן לא ס"ל הך סוגי' דקדושין (דף ס"ח) שגם שער המלך בהלכות א"ב הנ"ל כתב בשם הריטב"א בחידושי יבמות בכתיבת יד פ"ב דהא דרב פפא דקאמר דקרא דכי תהיין וכו' מוקמינן לה בחייבי לאוין לרבנן · או בחייבי עשה לר"ע · פליגא אהא דאמרינן בסוף פרק האומר גבי נכרית ולדה כמוה מנלן אמר קרא וכו' עכ"ל הריטב"א :

וכיון שהוכחנו דר' יוחנן אליבא דר"ע סבירא ליה דאף במקום שתופסין הקדושין יכול להיות שהולד יהיה ממזר כגון בגרושה לכהן הדיוט ובאלמנה ובעולה לכהן גדול מוקמינן הקרא דכי תהיין בכי האי גוונא · ולפ"ז ניחא תירוצו של הע"י שמתרץ דר' יהודה ס"ל דיש ממזר בחייבי לאוין לכן ס"ל דהאם אומר על בנו שהוא ממזר נאמן דהקרא דכי תהיין מוקי בהכי · וקאי יכיר אתרוייהו · ומה שהקשה עליו השער המלך דאי ס"ל לר' יהודה כר"ע דיש ממזר מחייבי לאוין ע"כ ס"ל דקרא דכי תהיין מיירי בחייבי עשה או בבעולה לכהן גדול אליבא דר' שמאי כדאיתא בפרק האומר (דף ס"ח) דכיון דסבירא ליה לר"ע דיש ממזר מחיייבי לאוין אין הקדושין תופסין בהם · ולפ"ז לא נוכל לאוקמי הקרא דכי תהיין בחייבי לאוין דכי תהיין משמע דאית בה הויה וחייבי לאוין לית בהו הוי' · כיון דס"ל דיש ממזר בחייבי לאוין · אבל לפי מאי דכתבנו ניחא דנוכל לומר דס"ל לר' יהודה כר"ע דיש ממזר בחייבי לאוין · וגם גרושה לכהן הדיוט או באלמנה ובעולה לכהן גדול ג"כ יכול להיות דס"ל לר"ע דיש ממזר · וגם ר' יהודה סבירא ליה כוותיה כדהוכיחו התוס' בקדושין (דף ע"ד ע"ב) ד"ה מאי קמ"ל וכו' דכיון דר' יהודה דרש סמוכים במשנה תורה כדאמרינן ביבמות (דף ד' ע"א) ס"ל ג"כ שיש ממזר בחייבי לאוין כר"ע דטעמא דר"ע הוא משו' דדרש סמוכים כדאיתא ביבמות (דף מ"ט ע"א) · ואפ"ה מוקי הקרא דכי תהיין בגרושה או באלמנה · דאף דהולד ממזר מ"מ ס"ל לרבי לר' יהודה שהקדושין תופסין בה כדכתבתי לעיל לר"ע אליבא דר' יוחנן דס"ל הכי דאף דהולד ממזר מ"מ הקדושין תופסין ומוקי הקרא דכי תהיין בגרושה או באלמנה · ומש"ה הולך להשמיענו הקרא דכי תהיין דלא יוכל לבכר · דה"א דאינו בנו גמור אם נולד לו מאלמנה וגרושה או מבעולה לכהן גדול כיון דנוכל לומר דהולד הנולד מהם ממזר הוא והוה אמינא דיוכל לבכר · משמיענו הקרא דלא יוכל לבכר · ור' יהודה סבירא ליה דהולד הנולד מהם הוי ממזר וקאי יכיר אתרווייהו שנאמן האב לומר שבנו ממזר הוא כתירוצו של רבינו אליהו (בדף ע"ד) הנ"ל ומש"ה סבירא ליה לר' יהודה · דנאמן האב לומר בני זה ממזר הוא כן נלפענ"ד לתרץ קושית השער המלך על הרב רבינו הע"י :

ולפי דרכינו נלפענ"ד הא דאיתא בסנהדרין (דף נ"ג ע"א) ור' יהודה סבר לה כר' עקיבא דאמר אין קדושין תופסין בחייבי לאוין · מתיב רב הושעיא איסור מצוה ואיסור קדושה חולצת ולא מתיבמת איסור מצוה וכו' איסור קדושה אלמנה לכהן גדול · גרושה וחלוצה לכהן הדיוט · ואמאי קרי להו איסור קדושה דכתיב קדושים יהיו לאלהיהם · ותני עלה ר' יהודה מחליף חלופה הוא דמחליף הא חליצה בעי · ואי ס"ד ר' יהודה כר' עקיבא סבירא ל"ה מכדי חייבי לאוין לר"ע כחייבי כריתות דמי וחייבי כריתות לאו בני חליצה ויבום נינהו · לדבריו דת"ק קאמר וליה לא סבירא ליה וכו' עכ"ל הגמרא · ולפי דברינו אליבא דר' יוחנן לא מצרכינן לתרץ דר' יהודה לדבריו דת"ק קאמר וליה לא סבירא ליה · דלר' יוחנן רבי יהודה באמת ס"ל דבאלמנה לכהן גדול וגרושה וחלוצה לכהן הדיוט חולצות ולא מתיבמות · דאף דסבירא ליה דאין קדושין תופסין בחייבי לאוין כר' עקיבא מ"מ בגרושה ובאלמנה הקדושין תופסין בהן · דכיון דבגרושה יכול להיות שתהיה נתגרשה תחתיו אליבא דר' יוחנן דאמר אפי' קדושי מאה תופסין בה כדכתבנו לעיל · ובזה בודאי לא פקעי הקדושין כמו שפירש"י בקדושין (דף ס"ח) הנ"ל גבי סוטה · לפ"ז אף כשקדשה כשהיא גרושה גם כן תופסין בה כמו דהקדושין תופסין גבי מהזיר סוטתו · אף דלפי דרכינו לא שייך סברת התוס' שכתבו (בדף ס"ח) הנ"ל ד"ה הכל מודים בסוף הדיבור · מ"מ צריכין אנו לומר כיון דידעינן דלא פקעי הקדושין באיזה איסור יכול לקדשה גם מתחילה האשה הזאת שיש עליה איסור כזה · דאי לא תימא הכי לר' יהושע דסבירא ליה דאין ממזר מחייבי כריתות אלא מחייבי מיתת ב"ד · ואפ"ה מודה דאין קדושין תופסין בחייבי כריתות כדהוכיחו התוס' בקדושין (דף ס"ז ע"ב) ד"ה מנה"מ וכו' מדקאמר הכל מודים שאין קדושין תופסין באחותו אלמא דדבר פשוט הוא לכו"ע עכ"ל · ולפ"ז הא דקאמר אביי הכל מודים בבא על הנדה ועל הסוטה שאין הולד ממזר וכו' · ג"כ הכל מודים אף לר' יהושע · ובסוטה דאמר אביי הכל מודים שאין הולד ממזר · ואפילו במהזיר סוטתו גם כן אין הולד ממזר כדהוכיחו התוספות (בדף ס"ח) ד"ה הכל מודים מיבמות (דף פ"ה ע"ב) ומדכללן אביי בחדא ליבמה ובבא אחת בבא על הנדה ועל הסוטה שאין הולד ממזר · כי היכי דבסוטה מיירי כשקדשה אפילו כשהיא סוטה כמו כן בבא על הנדה גם כן מיירי כשקדשה כשהיא נדה מדכללן בחדא גוונא ואפילו הכי הקדושין תופסין ולא הוי הולד ממזר · ומדקאמר אביי הכל מודים משמע דאפי' ר' יהושע מודה דקדושין תופסין כשקדשה כשהיא נדה · כדהוכיחו התוס' מהכל מודים דלעיל דמודה ר' יהושע · וכ"ת דאביי דאמר הכל מודים וכו' שאין הולד ממזר ובהא ודאי ר' יהושע מודה שאין הולד ממזר · דר' יהושע סבירא ליה דאין ממזר אלא מחייבי מיתות ב"ד · מ"מ כ"ל דהוי כמו שאמר אביי הכל מודים שהקדושין תופסין בבא על הנדה ועל הסוטה · כיון דאביי הוכיח דאין הולד ממזר מהם משום כיון דהקדושין תופסין בהם כדאמר בגמרא בהדי' הטעם דס"ל דתליא הא בהא · הוי כמו שאמר הכל מודים בבא על הנדה ועל הסוטה שהקדושין תופסין בהם ואפי' קידשה כשהיתה נדה · וכן גבי סוטה שקידשה כשהיא סוטה · אך כיון דדבר פשוט שתליא זה בזה אמר אביי הכל מודים וכו' שאין הולד ממזר ולר' יהושע לא שייך סברת התוס' שכתבו בסוף הדיבור בד"ה הכל מודים הנ"ל · ואפי' הכי סבירא ליה דאם קידשה כשהיא נדה הקדושין תופסין והלכה רווחת בישראל דקדושין תופסין כשקידשה כשהיתה בנדתה אלא ודאי דהסברא שכתבו התוס' הנ"ל

הנ"ל אינו אלא לרווחא, דמלתא דלר"ע יתכן זאת הסברא וכיא מורווחת יותר מכח דהכתוב אי"ס לקמן אליבא דר' יהושע היכי מוכח מספסוק ותהא נדתה עליה דהקדושין תופסין אפי' כשקדשה כשהיתה נדה גם נ"ל דאין סברא לומר שיחלוקו בסברות הפוכות · אם נאמר דהסברא שכתבו התוס' בסוף הדיבור ד"ה הכל מודים הנ"ל היא בדוקא · נמצא דלר' יהושע דלא יתכן זאת הסברא לפ"ז אינו מוכח מהפסוק ותהא נדתה עליה רק שהקדושין לא פקעי · אבל אם קדשה כשהיא נדה אין הקידושין הלין · אף דמיקל בחייבי כריתות דס"ל שאין הולד מהם ממזר · ושמעון התימני דמחמיר בחייבי כריתות דס"ל דהולד מהם ממזר · מוכיח מן הפסוק ותהא נדתה עליה דקדושין תופסין אפילו כשקדשה כשהיתה בנדתה · כמו שהוכיחו התוס' לפי סברתם בד"ה הכל מודים הנ"ל · וג"ל הטעם דמנא ליה לר' יהושע מהפסוק ותהי נדתה עליה דקדושין תופסין אף כשקדשה כשהיתה נדה ומתוך הטעם הזה יהי' מוכח דהא דכתבו התוס' הנ"ל זאת הסברא הוא רק לרווחא דמילתא · דהא כתבתי לעיל שהקשו על פי' רש"י דפירש דהטעם דאביי דאמר הכל מודים בשומה שאין הולד ממזר משום דעדיין הקדושין עומדים בה · והקשו ע"ז דהא בנדה איצטריך הקרא לאשמועינן זאת · ומנא לן בשוטה · [דמה שתירץ המהרי"ט ע"ז · כבר כתבתי שאינו מובן לי] · ויישבתי זאת כיון דגילה לן הכתוב בנדה משום דהקדושין עומדים בה לכן לא פקעי הקדושין · והיא פרכא אלימתא · יותר מאחר הפרכות · ולפ"ז ידעינן מעצמינו · גם בשוטה אליבא דר"ע · דהוא פרכא אלימתא שעדיין הקדושין עומדים בה · ולא נוכל ללמוד מאחר חייבי לאוין אף דהוי כמו שהקישן הכתוב זה לזה עיין בדברינו דלעיל שביארתי זאת הסברא על נכון · ולפ"ז מוכח מהכתוב ותהי נדתה עליה דהקדושין תופסין אף כשקדשה כשהיתה בנדתה · דלא נוכל ללמוד נדה דאין קדושין תופסין אם קדשה כשהיתה בנדתה מאחר חייבי כריתות · דנוכל לפרוך פרכא אלימתא מה שגילה הכתוב ותהי נדתה עליה שמשום זה לא דמי לשאר חייבי כריתות · דבשלמא בשאר חייבי כריתות משו"ה לא תפסי הקדושין משום דאם לא תפסי הקידושין אינם במציאות כלל שהאשה מקודשת · אבל בנדה אף אם תימא דאין קדושין תופסין כשקידשה כשהיתה נדה · מ"מ מצינו דהקדושין נתפסין אף בנדה כשקידשה כשלא היתה נדה הקדושין לא פקעי אף כשנעשתה נדה אח"כ · א"כ ה"נ הקדושין נתפסין אף כשקידשה כשהיתה בנדתה · שלא דמי' לשאר חייבי כריתות · וכיון שהוכחתי זאת הסברא אליבא דר' יהושע בחייבי כריתות · כן ה"נ בחייבי לאוין אליבא דר"ע לא נוכל ללמוד בגרושה לכהן הדיוט משאר חייבי לאוין דאין הקדושין נתפסין דלא דמי לשאר חייבי לאוין אליבא דר' יוחנן · דהא אם היתה גרושה אח"כ כשקידשה לא פקעי הקדושין כמו שכתבתי לעיל באריכות ומפני זה לא דמי' לשאר חייבי לאוין ולא נוכל ללמוד מהם דאין קידושין תופסין אם קדשה כשהיתה גרושה כיון דהיא פירכא אלימתא כדגלי לן קרא בנדה · וגם ר' יהודה ג"כ סבירא ליה כוותיה דקדושין תופסין בגרושה · ואפ"ה ס"ל דהולד הנולד ממנה ממזר הוא כדס"ל לרבי ישבב אליבא דר"ע דלדידיה ע"כ לא תליא הא בהא כמו שהוכחתי · ולפ"ז מש"ה ס"ל לר' יהודה דהא דאמר בני זה ממזר הוא דנאמן דקאי יכיר אתרווייהו · דהקרא דכי תהיין מיירי כשהיתה בגואה שהולד הנולד ממנה הוא ממזר ושפיר קאמר הקרא כי תהיין דמשמע דאית בה הוי' דס"ל דקדושין תופסין בגרושה ומכש"כ באלמנה כדכתבתי לעיל מזה באריכות אף במסוגיא דקדושין (דף ס"ח) לא מוכח כן מ"מ ר' יוחנן פליג אך סוגי' · וגם נוה שמהרך הגמרא בסנהדרין הנ"ל דר' יהודה לאו"ק קאמר וליה לא סבירא ליה הוא ג"כ אזלא כפי הסוגיא דקדושין (דף ס"ח) אבל לר' יוחנן פליגי הבתי סוגיות כמו שכתבתי לעיל באריכות והנחתי רחי' לעיל מדברי הריטב"א בזאת הסוגיא דקדושין אינה מוסכמת אליבא דכו"ע שיש עליה מאי דפליגי עלה :

ומשום זה נראה לי דטעמו של הרמב"ם ושיטתו דפסקו דלא כר' יוחנן דאמר קידושי אמה תופסין בה והר"ן בקדושין פרק האומר (דף כ'). הנ"ל כתב בשם הרב ר' מבה כהן שנסתפק ליה אי קיל"ן כרב אי כר' יוחנן · אע"ג דבכל דוכתי' כל היכא דפליגי רב ור' יוחנן קיל"ן כוותיה דר' יוחנן · אף אם גם שמואל סבירא ליה כרב כידוע · ולפ"ז צריכין ליתן טעם מפני מה נסתפק הרמב"ם ז"ל שלא לפסוק כר' יוחנן דאמר קידושי אמה תופסין בה · אך לפי דרכינו ניחא שמפני שהסתמא דסוגי' דקדושין (דף ס"ח) הנ"ל והסתמא דסוגי' דסנהדרין הנ"ל לא אזלי אליבא דר' יוחנן · משו"ה נסתפק הרמב"ם ז"ל אם נפסק כר' יוחנן אי לא · ולפי דברינו שכתבנו דר' יהודה ס"ל דקדושין תופסין בגרושה ובאלמנה ואפ"ה הולד הנולד מהם הוי ממזר · נראה לי ליישב קושית התוס' ביבמות (דף נ"ב) ד"ה אבל דהקשו על הא דאמרינן שם דמיבמה לשוק לא הוי הולד ממזר אליבא דרבנן דס"ל דקדושין תופסין בחייבי לאוין · דמגיטין משמע דאפילו לרבנן הוי ממזר מיבמה לשוק · דבפרק הזורק (דף פ' ע"ב) בעי הש"ס אתנהו דכל עריות שאמרו צרותיהן מותרות · ניסאו אין זינו לא · לימא תהוי תיובתא לרב המנונא ושנואין דוקא משום דמיהלפא באשה בהלך בעלה למדינות הים · או דילמא ניסאת וה"ה זינו ומסייע לרב המנונא · א"כ בעי למימר דהסיא מבנה אתיא כרבנן · דלר' עקיבא הוא והאי אסורה ליבם אפי' מאן דלית ליה דרב המנונא כדמוכח בסוטה פרק הי' מביא (דף י"ח ע"ב) ובהסיא מבנה קתני כל הדרכים האלו בה אלמא הוי ממזר לרבנן מיבמה עכ"ל · ולפי דברינו דר' יהודה סובר באלמנה וגרושה לכהן גדול תופסין הקדושין : ואפי' הכי הולד הנולד מהם הוי ממזר · יש ליישב קושית התוס' דהמתניתין דגיטין אתי' כר' יהודה דר' יהודה סובר עדיפא מדר' עקיבא · דר"ע סובר דבשאר חייבי לאוין אף מיבמה לשוק אין הקדושין תופסין בה רק בגרושה ובאלמנה לכהן גדול הקדושין תופסין ואפ"ה הוי הולד ממזר לרבי ישבב אליבא דר"ע · אבל רבי יהודה סובר דאף ביבמה לשוק הקדושין תופסין · ואפילו הכי הוה הולד ממזר · דהא גם שמואל מספקא ליה אי קדושין תופסין ביבמה לשוק אי לא עיין ביבמות (דף נ"ב ע"ב) לכן נוכל לומר דמתחילה רצה הגמרא לומר ניסאו אין זינו לא וכו' משום דסבירא ליה דקדושין תופסין ביבמה לשוק · לא מיבעיא לאידך ליסנא דסנהדרין (דף נ"ג) הנ"ל דס"ל לר' יהודה דקדושין תופסין בחייבי לאוין כדכתב הפני יהושע בקדושין (דף ס"ז) על התוס' ד"ה מנא ה"מ · אלא אפי' לכך ליסנא דס"ל לר' יהודה דאין קדושין תופסין בחייבי לאוין · איכא למימר דסובר כהך תנא אליבא דר"ע איזה ממזר כל שאר בשר שהוא בלא יבוא אבל בחייבי לאוין גרידא לא כדכתבו התוס' בסנהדרין שם בד"ה לדבריו וכו' דהגמרא מצי לאוקמי התם הכי ע"ש שכן מבואר להדיא · ומיבמה לשוק היא מיקרי חייבי לאוין דלאו דשאר · כדכתבו התוס' ביבמות (דף מ"ע ע"א) ד"ה הכל מודים ע"ש באמצע הדיבור בע"ב · והכי איתא בהדיא ביבמות (דף נ"ב ע"א) · דיבמה לשוק לא הוי לאו דשאר · לפ"ז נוכל לומר דהמתניתין דגיטין אתיא כר' יהודה · ואף שנראה מסתמא דגמרא דכתם דלליסנא קמא ס"ל לר' יהודה דביבמה לשוק אין קידושין תופסין בה דאל"כ הוה ליה לשנויה כדכתבו התוס' שם בד"ה לדבריו · הא כבר כתבתי דסתמא דסוגי' דסנהדרין אזלא לפי הסתמא דסוגיא דקדושין (דף ס"ח) · אבל ר' יוחנן פליג על הך סוגי' דקדושין (דף ס"ח) הנ"ל וכבר כתבתי בשם הריטב"א שהסתמא דסוגי' דקדושין (דף ס"ח) לא אתי' אליבא דכו"ע · וכיון שכן דהמתניתין דגיטין אתי' כר' יהודה דס"ל דקדושין תופסין ביבמה לשוק · ומשום הכי נוכל לומר דיבמה בזיקתה מותרת ליבמה דלית

ליה לדרב המנונא · דכיון שתופסין הקדושין ביבמה לשוק ואפ"ה הוי הולד ממזר אם נשאת לאחד מן השוק כדס"ל לר"ע אליבא דר' ישבב דאף דהקדושין תופסין בגרושה ובאלמנה אפ"ה הולד הנולד מהם הוא ממזר כדכתבנו לעיל · אך זה הוא רק לפי מה שרצה הגמרא לדייק נשאו אין זינו לא · אבל לפי מאי שמסיק הגמרא דהמתניתין דגיטין אתי' אף לרב המנונא יכול להיות שאין הקדושין תופסין ביבמה לשוק כרב או כשמואל דמספקא ליה עיין ביבמות (דף ל"ב) הנ"ל:

פרח ד

עוד נראה לי ליישב קושיות התוס' דיבמות (דף לב) ד"ה אבל שהקשו דבגיטין מוכח דאפי' לרבנן הוה הולד ממזר מיבמה לשוק עיין בדברינו דלעיל בסוף הפרח שכתבנו קושיות התוס' באר היטב · דמה שתרצו התוס' בשם ר"י דהתם הוה הולד ממזר מדרבנן אליבא דכו"ע · זה התירוץ הרמב"ם וסייעתו לא סבירא ליה עיין ברמב"ם בהלכות ייבום וחליצה סוף פרק שלישי ועיין בביאורי הגר"א בא"ע סימן קנ"ע ס"ק י"ד מה שכתב שם בשם הרמב"ן והרשב"א דס"ל דהולד הנולד מיבמה לשוק הוא כשר לגמרי · לכן נלפענ"ד לתרץ קושית התוס' בדרך אחר [אף שבתירוץ שכתבתי בסוף הפרח הקודם ג"כ מיושב קושית התוס' אף לדעת הרמב"ם דאף דמתניתין דגיטין ס"ל דהולד הוי ממזר · אתי' כר' יהודא דס"ל דיש ממזר מחייבי לאוין דלאו דשאר · אבל אנן פסקינן כשמעון התימני דסובר דאין ממזר אלא מחייבי כריתות ומיתות ב"ד עיין ביבמות (דף מ"ט) והלכה רווחת בישראל לכן פסק הרמב"ם דביבמה לשוק הולד כשר] אך כדי למלאות רצון המתאוים לראות פלפול בעניינים כאלו אכתוב עוד תירוץ אחר ליישב קושית התוס' הנ"ל · ובזה יתורץ דברי הרמב"ם וסייעתו מדוע לא פסקו כהמתניתין דגיטין הנ"ל · לפי מאי דאיתא בירושלמי דיבמות הלכ' א' בדף ב' ע"א אמר ר' שמי לא כן אמר רבי ינאי נמנו שלשים וכמה זקנים מניין שאין קדושין תופסים ביבמה · ת"ל לא תהיה אשת המת החוצה לאיש זר שלא יהא לה הוי' · אזל אחר · אמר ליה רבי יוחנן ולא מתניתא היא או לאחר שיחלוץ ליך יבמיך הינה מקודשת · והוי ר' יוחנן מקלס לה הזלים זהב מכיס וכו' · אמר ר' שמעון בן לקיש בתר כל אילין קילוסייא יכיל הוא אנא פתר לה כרבי עקיבא דר"ע אומר יש ממזר ביבמה · אלא תמן יבמה אחת והכא שתי יבמות · שנייא היא איסור יבמה אחת · שנייא היא איסור שתי יבמות · ופירש המפרש שם ד"ה בתר וכו' לאחר כל השבח הזה אומר אני דלא מוכח מידי משם דיכולני לפרש המתניתין כר"ע דאמר לעיל יש ממזר ביבמה דאין קידושין תופסין בחייבי לאוין · וכן דחי להבבלי שם · וא"כ מתחיל הדיבור · אלא תמן כלומר בלאו הכי לא מוכחא מהך מתניתין מידי לבעיא דר' יודן · דהתם ביבמה אחת וכו' ושנייא היא איסור יבמה אחת דיש זיקה ואין קידושין תופסין בה · אבל הכא בבעיא דר' יודן בשתי יבמות ואין זיקתן כל כך דנימא דלא תפסי קדושין בהו כלל · וכן מחלק לקמן פרק ד' אחין עכ"ל הירושלמי ופירשו: לפ"ז נוכל לומר דהמתניתין דגיטין מיירי באיסור יבמה אחת דאין הקדושין תופסין בה · משו"ה הוי הולד ממזר דהא בהא תלי' לחד תנא כדאיתא ביבמות (דף מ"ה) ושניהן לא למדוה אלא מאשת אב · מאן דפסיל (פי' מאן דסובר דעבד הבא על בת ישראל הולד ממזר) ע"כ סובר מה אשת אב דלא תפסי בה קדושין הולד ממזר · אף כל דלא תפסי בה קדושין הולד ממזר · ומאן דמכשיר וכו' · ולפ"ז נוכל לומר דאתיא המתניתין דגיטין כהך תנא דס"ל דעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר · ומשו"ה בזיקת יבמה אחת כיון דאין הקדושין תופסין הולד הנולד ממנה אם נשאת לאחד מן השוק הוא ממזר להך תנא · וכן איתא בהדיא בירושלמי דקדושין בפרק שלישי הלכה י"ב תני גוי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר וכו' · ושניהם מקרא אחד דרשו לא יקח איש את אשת אביו וגו' : ר' מאיר דריש מה אשת אב מיוחדת שאין לו עליה קדושין וכו' · התיב רבי שמואל ב"ר אבא על הדא תנייא קדמייתא הרי יבמה שזינת הרי אין לה עליו ולא על אחרים קדושין והולד כשר וכו' עכ"ל הירושלמי · הרי מוכח בהדיא דאם נאמר דעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר · ג"כ ביבמה לאחד מן השוק נמי הולד ממזר · דהפירוש מדמה הירושלמי אהדדי · לכן נוכל לומר דדעת המתניתין דגיטין כהך תנא דסובר דעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר · לכן גם ביבמה שזינתה ג"כ הולד ממזר · והברייתא שהובא ביבמות (דף ל"ב) הנ"ל דאיתא התם ת"ר זו דברי ר"ע שהי' אומר אין קדושין תופסין בחייבי לאוין · אבל חכמים אומרים אין ממזר מיבמה אתי' כהך תנא דסובר ביבמות (דף מ"ה) הנ"ל ובירושלמי דקדושין הנ"ל דגוי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר דלא נוכל ללמוד מאשת אב · דאשת אב לדידיה לא תפסי בה קדושין לאחריני תפסי בה קדושין · לאפוקי נכרי ועבד דלא תפסי בהו קדושין וכו' עכ"ל הגמרא בדף מ"ה הנ"ל וירושלמי דקדושין הנ"ל · ומשום זה ס"ל לחכמים בהך ברייתא ביבמות (דף ל"ב הנ"ל)· דאין ממזר מיבמה לשוק · ומשו"ה פסק הרמב"ם דלא כהמתניתין דגיטין · אלא כחכמים דברייתא דיבמות דאין ממזר מיבמה לשוק · משום דהרמב"ם פסק דגוי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר · (עיין ברמב"ם פרק ט"ו מהלכות א"ב הלכה ג')· וכ"ת אם נימא דהמתניתין דגיטין מיירי בזיקת יבמה אחת · היכי בעי הגמרא התם למימר נישאו אין זינו לא · לימא תהוי תיובתא לרב המנונא · דאמר רב המנונא שומרת יבם שזינתה אסורה ליבמה · ואי מיירי בזיקת יבמה אחת דאין קדושין תופסין בה · לכאורה אם היבמה הזאת זנתה אסורה ליבמה כמו דאיתא בסוטה (דף י"ח ע"ב) לר"ע דאמר אין קדושין תופסין בחייבי לאוין אף למאן דלית ליה דרב המנונא · מ"מ לר"ע אסורה ליבמה דמשוי ליה כערוה כיון דאמר אין קדושין תופסין בחייבי לאוין : ע"ש שכן מבואר בהדיא · דיש"ל לפי מאי דאיתא בסוטה (דף כ"ד ע"א) דתניא תחת אישך פרט לארוסה · יכול שאני מוציא אף שומרת יבם ת"ל איש איש דברי רבי יאשיה · רבי יונתן אומר תחת אישך פרט לשומרת יבם אוציא שומרת יבם ולא אוציא את ארוסה ת"ל אשר תשטה אשה תחת אישה · פרט לארוסה מ"ט אלימא ליה ארוסי דקדושי דידיה וסוקלין על ידו · ומר וכו' (פי' דאלימא ליה ארוסה ויכול לקנאותה ע"כ) · וצ"ל לפרש הטעם מפני מה אלימא ליה ארוסה דקדושי דידיה וכו' · מאי נ"מ אם יהיה מחמת קדושי דידיה או מחמת קדושי אחיו · לפי מאי דאיתא בירושלמי דסוטה פרק שני הלכה ו' אמר ר' ינאי שומרת יבם שזינתה מותרת לבתה · ותני כן ונעלם מעיני אישה ולא מעיני יבמה וכו' עכ"ל הירושלמי משום זה סובר דאלימא ארוסה דקדושי דידיה וכו' והשתא דאתאי להכי נוכל לומר אף דאמרינן בסוטה (דף י"ח הנ"ל) דלר"ע דאמר אין קדושין תופסין בחייבי לאוין בודאי שומרת יבם שזינתה אסורה ליבמה אף למאן דלית ליה דרב המנונא · היינו דוקא היכא דאין הקדושין תופסין משום איסור חייבי לאוין · כיון דלר"ע חייבי לאוין כערוה דמיא ע"ש בפירש"י ד"ה אין קדושין תופסין וכו' לר"ע משוי חייבי לאוין חמורות לענין איסוריהם כחייבי כריתות שהולד ממזר · וגבי לאסור על בעלה נמי וכו' עכ"ל רש"י · מה שאין כן בזיקת יבמה אחת אף שאין הקדושין תופסין בה · מ"מ למאן דלית ליה הך דרב המנונא אם זינתה מותרת ליבמה · דלא נוכל לומר בזה דמשוי ליה כערוה · דהא חזינן בשאר חייבי לאוין דלא דמי לערוה דמערוה הוי הולד ממזר ומחייבי לאוין לא הוי הולד ממזר אליבא דרבנן דר"ע · ואף שאין הקדושין תופסין בה לא מחמת דדמי לערוה · אלא רק משום דקדושי אחיו זוקקים אותה ליבמה דלא יהיו הקדושין חלין לאחד מן השוק · אבל מותרת ליבמה אם זינתה כדתני בברייתא שהובא בירושלמי הנ"ל ונעלם מעיני אישה ולא מעיני יבמה · דכיון דמחמת זיקת קדושי אחיו היא אסורה לשוק

ואין

ואין קדושין תופסין בה · היבם לא מיקרי אישה · כיון דלאו קדושי דידיה נינהו ולכן ממעטינן מעיני אישה ולא מעיני יבמה · משא"כ לר"ע דאמר אין קדושין תופסין בחייבי לאוין · היבם מיקרי אישה · כיון דאסורה לשוק מחמת איסור חייבי לאוין ולהיבם מותרת · הוי כמו ערוה דאשת איש · כיון דשוו חייבי לאוין כערוה לענין דאם הולד הנולד מחייבי לאוין הוי ממזר כדפירש"י שם · ומשום הכי הוי כמו שקדשה היבם בעצמו ולא נוכל למעט מהקרא דמעיני אישה ולא מעיני יבמה · משום דיבמה מיקרי נמי אישה :

וראיה לדברינו מיבמות (דף צ"ב) אמר רב מנין שאין קדושין תופסין ביבמה שנאמר לא תהיה אשת המת החוצה לאיש זר לא תהא בה הוי' לזר · ושמואל אמר בעניותינו צריכה גט מספקא ליה לשמואל האי לא תהיה אשת המת אי ללאו הוא דאתא אי דלא תפסי בה קידושין היא דאתא אמר ליה רב מרי בר רחל וכו' אמר רב אשי השתא דאמר אמימר הלכתא כוותיה דשמואל אם היה יבמה כהן הולך לה ובריה ליה איתגורי איתגר · א"כ מצינו חוטא נשכר · אלא אם היה יבמה ישראל נותן לה שני גט והותרה לו · ופירש"י לקמן בעמוד זה בד"ה בזנות דהוי כזנות ומיתסרא איבם כרב המנונא ורב אשי דאמר לעיל נותן לה שני גט והותרה לו ליתו ליה דרב המנונא עכ"ל רש"י · הרי חזינן דאף לשמואל דמספקא ליה דדילמא אין קידושין תופסין ביבמה לשוק ואפ"ה אמר רב אשי אליביה דאם זינתה היבמה מותרת ליבם · ולכאורה הוא נגד הסתמא דגמרא דסוטה (ד' י"ח) דאמרי' שם דלר"ע דאמר אין קדושין תופסין בחייבי לאוין אם זנתה שומרת יבם אסורה ליבמה דשוי ליה כערוה · וצריכין אנו לומר דהא דמספקא ליה לשמואל דדילמא אין קידושין תופסין ביבמה לשוק אין הטעם משום דאין קדושין תופסין בחייבי לאוין · דודאי סבר לה כרבנן דר"ע דקידושין תופסין בחייבי לאוין [וגם ממקומו הוא מוכח קצת דלית ליה כר"ע ודו"ק] · וגם ליכא למימר דמטעם שיש זיקה מספקי' ליה דדילמא אין קדושין תופסין ביבמה לשוק · דהא שמואל סובר דיש זיקה כדאיתא ביבמות (דף י"ח ע"ב) ואמר שמואל הלכה כר' יהודה בן בתירה והוא מטעם דיש זיקה ע"ש בסוגיא שכן מבואר בהדיא · דע"כ לא מטעם זיקה מספקא ליה לשמואל דדילמא אין קדושין תופסין · דהא רב ס"ל דבודאי אין קדושין תופסין ורב סובר אין זיקה בודאי · וע"ש דהגמרא אינה רוצה לומר דאמוראי נינהו אליבא דרב · אלא לכו"ע סובר רב דאין זיקה ע"ש בסוגיא דילמא אמוראי נינהו אליבא דרב כיון דאתמר משמיה דשמואל בהדיא וכו' וע"ש בסוגיא כי אנכי קצרתי · א"כ לפ"ז טעמא דרב דאמר אין קדושין תופסין הוא מצד גזירת הכתוב · ומסתמא ג"כ טעמא דשמואל מצד גזירת הכתוב · יהיה איך שיהיה אם נימא דטעמא דשמואל דאמר אין קדושין תופסין הוא מצד גזירת הכתוב · [אף אם תלך בדרך אחר דמטעם דיש זיקה מ"מ ס"ל דקדושין תופסין בשאר חייבי לאוין] לכן אין חייבי לאוין דינם חמור כערוה · ומשום זה סובר שמואל אליבא דרב אשי לפי שיטת רש"י דשומרת יבם שזנתה מותרת ליבם דלא כרב המנונא · אבל ר"ע דסובר דאין קדושין תופסין בחייבי לאוין ודינם חמור כערוה לכן אמרינן בסוטה דאליבא דר"ע שומרת יבם שזנתה אסורה ליבמה · וע"ש בתוס' (בדף צ"ב) ד"ה נותן וכו' ובחידושי הרשב"א שם :

ומה שפסק הרמב"ם דהולד כשר מיבמה לשוק ולא כתב שהולד פגום · דהא איכא למילף מקל וחומר מאלמנה ומה אלמנה שאין איסורה נוהג בכל בנה פגום קל וחומר ביבמה לשוק שאיסורה שוה בכל אינו דין שיהא בנה פגום · כדאיתא הק"ו הזה ביבמות (דף ע"ו ע"ב) נהי נמי דעשו מאי מתיירא אני הא אמר ר' יהושע אין ממזר אלא מחייבי מיתות ב"ד · נהי נמי דממזר לא הוי פגום מיהא הוי מק"ו מאלמנה וכו' · ואע"ג דאמרינן שם דדילמא לא נוכל ללמוד מאלמנה · דאיכא למיפרך מה לאלמנה שהיא עצמה מתחללת ופשיט להו ר' יהושע דקל וחומר פריכא הוא · מ"מ ר' יוחנן בן נורי לית ליה להאי פירכא כדכתבו התוס' שם (בדף י"ד ע"ב) ד"ה נעשה וכו' דביבמה לשוק ליכא למיפרך האי פירכא ע"ש · וגם בתירוצם הראשון כתבו דלית ליה לר' יוחנן בן נורי הך פירכי' אפילו בשאר מקומות ע"ש מ"מ פסק הרמב"ם דהולד הוא כשר לגמרי ואין בו פגום דגדולה מזה כתב בפרק ט"ו מהלכות א"ב הנ"ל בגוי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר ואינו פגום כלל · וגבי גוי ועבד בודאי איכא למילף ק"ו שיהיה בנו פגום דשם ליכא למפרך מה לאלמנה שכן היא עצמה מתחללת · דה"נ גבי גוי ועבד כיון שנבעלה פסלה לכהונה כדאיתא ביבמות (דף מ"ה ע"א) דכולהו אמוראי דמכשרי מודו שהולד פגום לכהונה מק"ו מאלמנה וכו' · ומה שפסק שם הרמב"ם דמגוי ועבד לא הוי הולד פגום כבר תירץ המראה פנים המפרש של הירושלמי בסוף פרק החולץ דהאי ק"ו כבר שדו ביה נרגא התוס' בפרק הערל (דף ע"ז) ד"ה רבי יוחנן דלר' יוחנן ליכא למילף מק"ו מאלמנה דנכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד פגום ומשום זה פסק הרמב"ם דאין הולד פגום מגוי ועבד דאזיל לשיטתו דפסק בפרק י"ט מהלכות א"ב הלכה י"ג · וא"כ הק"ו פריכא הוא · ומפני מה פסק ג"כ דמיבמה לשוק ג"כ לא הוי בנו פגום :

ולפי מה שכתבנו בפרח הזה אין להוכיח משיטת הרמב"ם וסייעתו דפסקו דמיבמה לשוק הולד כשר דאף במקום שקדושין תופסין יהיה הולד ממזר לשום תנא כדי שנוכל לומר דהמתניתין דגיטין אתיא כוותיה כדהוכחתי מפרח הקודם · וכתבתי ליישב בזה קושית התוס' דיבמות (דף צ"ב) הנ"ל דלהרמב"ם וסייעתו אי אפשר לתרץ כתירוץ התוס' דשם רק צריכין אנו לתרץ קושית התוס' כמו שכתבתי בפרח הקודם או כמו שכתבתי בפרח זה · וכיון דלפי מאי שכתבנו בפרח זה ליישב קושיית התוס' דיבמות הנ"ל באופן שאין אנו צריכין לומר דאף שקדושין תופסין הולד ממזר לשום תנא · ולפ"ז אין הכרח לומר דר' יוחנן פליג על כמה סתמות דגמרא דבכמה מקומות אמרינן אם הקדושין תופסין אין הולד ממזר · ור' יוחנן יפלוג על הא · ומה דקשיא לן בפרח הקודם מקדושין (דף ס"ה) יכולים אנו לתרץ דסובר כסוגית הש"ס דסוף פרק האומר כדכתב בחידושי הריטב"א ביבמות בכתיבת יד בפרק ב' הובא דבריו בשער המלך בפרק ט"ו מהלכות איסורי ביאה הלכה ט"ז · וכיון שכן צריכין אנו לתרץ קושית הש"י שהבאתי בפרח הקודם דמנא ליה לרבי יהודה דנאמן האב לאמר זה בני ממזר · כתירוץ השער המלך שם מדנאמן האב לפסול הבן לכהונה ג"כ נאמן לפסול אותו מקהל · אף דאינו מפורש בתורה רק דנאמן לדבר שאינו חמור · מ"מ אמרינן מצד הסברא דכיון שהאמינה התורה לדבר שאינו חמור נאמן ג"כ לדבר החמור כדאמרינן בכמה דוכתי ואחד מהם עיין ביבמות (דף קי"ט ע"א) אמר רבא מכדי הא דאורייתא והא דאורייתא מה לי איסור כרת מה לי איסור לאו · ואף לפי מה שכתבתי בפרח הקודם ליישב קושית התוס' באופן אחר · אין אנו צריכין לתרץ כמו שכתב השער המלך והתוס' יו"ט · מ"מ מבואר דדעת התוס' יו"ט והשער המלך היכא דהאמינה התורה לדבר שאינו חמור אפילו בפסולי עדות כגון כמו שהאמינה התורה להאב לומר על בנו שהיא חלל לפסול אותו מקהל כהונה כן נאמן האב לומר על בנו שהוא ממזר לפסול אותו מקהל ישראל · לפ"ז אם נאמר היכא דנאמן על דבר שאינו חמור יהיה נאמן על דבר החמור כדעת התוי"ט והשער המלך הנ"ל ולפי מאי דמבואר בפרח זה ליישב קושית התוס' לשיטת הרמב"ם וסייעתו גם המה סוברים כדעת השער המלך והתוס' יו"ט ודו"ק כי לא רציתי להאריך עוד בזה הענין כי השלשה פרחים כתבתי רק למלאות רצון המעיינים המתאוים לראות פלפול בענינים כאלה · אך זאת מפורש יוצא מפי התוס' יו"ט בקדושין פ"ד משנה ח' ודעת השער המלך בהלכות אסורי ביאה פרק ט"ו הלכה ט"ז דהיכא דנאמן על דבר שאינו חמור נאמן ג"כ על דבר חמור :

ולכאורה

ולכאורה יש להסתפק אם נתן אדם אחד לחבירו לשמור מטלטלים ושטרות · אם נאמר כי היכי דנאמן השומר בלי שבועה על השטרות שנאבדו או כדומה לזה דאין נשבעין על השטרות יהיה ג"כ נאמן על המטלטלים לומר שנאבדו בלא שבועה · אף דשמירת שטרות קילי יותר ממטלטלים דהתורה מיעטה בשמירתן ואין צריכין השומרים לשבע מ"מ הכא כיון שבבת אחת מסרן המטלטלים והשטרות לשמור אותן · אמרינן כי היכי דנאמן על השטרות בלא שבועה כן נאמן השומר על המטלטלים בלא שבועה אף שלפי הנראה אין דומין הענינים זה לזה · דהא חזינן לפי דעת התוס' יו"ט והשער המלך הנ"ל כי היכי דנאמן האב על בנו לפסול אותו מקהל כהונה · כן ג"כ נאמן האב במקום אחר לפסול את בנו מקהל ישראל והכא גבי שומרים אף דנאמן השומר גבי שמירת שטרות בלא שבועה מ"מ אינו נאמן בשמירת מטלטלין כי אם בשבועה · וצריכין לומר דשאני דיני שמירה מדיני נאמנות האב לפסול את בנו · דגבי שומרים היינו טעמא דגזירת הכתוב הוא כך דבמטלטלים צריך השומר לישבע · דלא במצינו במקום אחר שהתורה תחייב שבועה בטענות כאלו · וגם בשמירת שטרות מה שפטרה התורה את השומר משבוע ג"כ הוא לכאורה מגזירת הכתוב דמצד הסברא לכאורה אין לחלק בין שמירת מטלטלים לשמירת שטרות ועיין בדברינו בכפתור זה בפרח א' מה שכתבתי בזה · משא"כ גבי נאמנות האב על בנו יש סברא טובה לכאורה דנאמן לפסול אותו · דבודאי דעתו של אב קרובה על בנו ואוהב אותו ואפה"כ אומר עליו שהוא פסול לבוא בקהל כהונה הסברא נותנת שיהיה נאמן · ומה שפסלה התורה בשאר דוכתי קרובים להעיד על חובתם של קרובים · הוא רק גזירת הכתוב כמבואר בחו"מ סימן ל"ג סעיף י' · וכיון דחזינן שהאמינה את האב לפסול את בנו מלבוא בקהל כהונה · כן ה"נ נאמן האב לפסול את בנו לבוא בקהל ישראל · כיון דהוציאה התורה לפסול את בנו מגזירת הכתוב שבשארי דוכתי · מוקמינן הסברא שהאב נאמן לפסול את בנו אף מלבוא בקהל ישראל דודאי אומר אמת · ולפ"ז היכא שמסר מטלטלים ושטרות בבת אחת לשמור אותם · ג"כ הוא מצד הסברא כי היכי שהאמין הבעה"ב את השומר על השטרות בלי שבועה כן ה"נ האמינו בשמירת המטלטלים בלי שבועה האף שבשמירת השטרות הקילה התורה בשמירתן לכן האמינו הבעל הבית להשומר · אבל בשמירת מטלטלים כיון דהחמירה התורה בשמירתן שחייבתה התורה את השומר לשבע אף שבשאר דוכתי לא חייבתו התורה לשבע על טענות כאלו מ"מ גבי אדם שמסר מטלטלים ושטרות לשמור דלגבי דעתו של בעה"ב לא שייך לומר גזירת הכתוב דהא בעיניו שוין שמירת השטרות לשמירת המטלטלין · לפ"ז כי היכי דהאמינו להשומר בשמירת שטרות בלא שבועה · האף שהתורה הקילה בשמירתן כן ה"נ האמינו בשמירת המטלטלים בלא שבועה · דבזה שייך לומר כמו דנאמן האב לפסול את בנו מקהל ישראל דכיון דהוציאו התורה בזה הפרט מגזירת הכתוב · מוקמינן אסברא כמו שנאמן לפסול אותו מקהל כהונה ה"נ נאמן לפסול אותו מקהל ישראל כן ה"נ אם מסר מטלטלים ושטרות בבת אחת דהולכין אחר דעתו של בעה"ב ואחרי דעתם של השומרים כמו שאיתא בב"מ (דף ל"ד ע"א) במתנה מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה וכו' · ומוקי הגמרא המתניתין דאתיא כר"ע אף לר"מ דס"ל דבדבר שבממון אם מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל דשאני הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשו · וכיון דהולכין אחר דעתם של השומרים והבעה"ב · לפ"ז כיון דמצד הסברא הם שוין · שמירת מטלטלים ושטרות · לכן אם מסרן בבת אחת לשמור אמרינן כי היכי דהאמינו הבעה"ב על השטרות בלא שבועה · ה"נ האמינו על המטלטלים דלגבי דעתם של השומרים ובעה"ב לא שייך גזירת הכתוב ומוקמינן אסברא · ומכח סברא זאת נוכל לומר אף לשיטת הסוברים דהיכא דנאמן על דבר שאינו חמור מ"מ אינו נאמן על דבר החמור · מ"מ היכא דשוים המה דאין חמורים זה מזה ובענין אחד בודאי אמרינן כי היכי דנאמן ע"ז נאמן גם ע"ז עיין במה שכתבתי בסוף פרח א' בענין זה · כן ה"נ היכא שמסר לו לשמור מטלטלים ושטרות בבת אחת · דבעיני דבעה"ב שוין המה שמירת שטרות ומטלטלים כמו שכתבתי · וגם הוא ענין אחד · כיון שמסרן בבת אחת לשמור והמה אינם ענינים נפרדים שהמטלטלים מסר אותן למכור והשטרות לשמור אלא שניהן הן השטרות והן המטלטלים מסר אותן לשמור · לפ"ז נוכל לומר כי היכי דהאמין הבעה"ב להשומר על שמירת השטרות בלא שבועה · כן ה"נ האמין אותו על שמירת המטלטלים בלא שבועה · או דילמא לפי מה שכתבו התוס' בפרק אע"פ (דף כ"ו ע"א) ד"ה הרי וכו' שכתבו בע"ב בסוף הדיבור בא"נ דהשומרים משעבדים א"ע לכל הכתוב בפרשה ע"ש בדבריהם · ולפ"ז נוכל לומר אם מסר מטלטלים ושטרות לשמור דעתם של בעל הבית והשומרים שיהי' דיני שמירתם כמו שאר שומרים אם לא מסרן בבת אחת לשמור שעל המטלטלים צריך השומר לשבע שכדבריו כן הוא · ועל השטרות נאמן השומר בלי שבועה :

פרח ה

ונראה לי לפשוט מה שנסתפקנו בסוף פרח הקודם · אם מסר מטלטלים ושטרות לשמור בבת אחת אם נאמר כמו דאין השומר צריך לשבע על השטרות · כן ה"נ אין צריך לשבע על המטלטלים · או דילמא על שטרות אין צריך לשבע · ועל המטלטלים צריך לשבע · וטעמם של הדברים שנסתפקנו עיין בסוף פרח הקודם · ונ"ל לפשוט דלא מיבעיא דצריך השומר לשבע על שמירת מטלטלים אלא גם על שטרות צריך לשבע · מדכתב הרא"ש בתשובותיו הביא הטור בח"מ סימן קע"ו אות מ"ד ומה שטוענת שמעון פשע שהחזיר שט"ח לנכרי שהיה חייב להם שהיה רובו פרוע · ומתוך כך באו לידי הפסד · והוא רוצה ליטול מן הנכסים קודם חלוקה כנגד ההפסד שהפסיד שמעון בפשיעה · והאלמנת שמעון אומרת שאין זה פשיעה כיון שעשה בו כבשלו · אם תברר בעדים שפשע שמעון בחזרת השטר חייב שמעון לשלם כל ההפסד שבא לראובן באותה חזרה דפשיעה גמורה היתה להחזיר שטר שהי' רובו פרוע ושותפין הן שומרי שכר וחייבין לשלם כל אחד לחבירו אף בגניבה ואבידה וכל שכן בפשיעה עכ"ל · ולכאורה קשה הא הרא"ש ס"ל דבשטרות פטור אף בפשיעה כדכתב בטור בסימן ס"ו אות מ' ע"ש שכן מבואר בהדי' ועיין ברא"ש פרק שבועת הדיינין ופרק הזהב · ואיך כתב שאם תברר בעדים שפשע שמעון בחזרת השטר חייב שמעון לשלם וכו' · ורבינו שער המשפט מתרץ דברי הרא"ש באופן זה בסימן ס"ו בס"ק ל"ב דמשו"ה חייבו הרא"ש מדין פשיעה · כיון דשותפין שומרי שכר הן זה לזה · א"כ הרי הוא שומר על גוף המעות · ובמה שהחזיר השטר לעכו"ם הלוה הרי לא עשה שמירה להמעות · ולכן חייב מדין שומרים · ודבריו אינם מובנים לי כלל · כיון שלוה המעות לעכו"ם נסתלק שמירתו מהמעות · דהלואה שהלוה להעכו"ם הי' בודאי ברצון שותפין · דאם לא כן אף אם לא החזיר שמעון השטר ג"כ חייב לשלם אם אין העכו"ם רוצה לפרוע המעות שלוה ועיין בסימן קע"ו סעיף יו"ד במחבר וברמ"א שגם מבואר שלא ימכור בהקפה אא"כ דבר שדרכו למכור תמיד בהקפה וה"נ אם אין דרך להלות מעות השותפות בלי רשות שותפו חייב שמעון לשלם כשהלוה בלא ידיעת שותפו אם לא יפרע הלוה : ומתוך דברי הרא"ש משמע ששמעון חייב לשלם מפני שפשע מה שהחזיר השטר שאינו פרוע להעכו"ם הלוה · אלא ודאי או דדרך להלות בלי רשות שותפו · או שנתן לו רשות להלות שלא בידיעתו · וכיון שכן תיכף כשהלוה את המעות להעכו"ם ברשות שותפו כלתה שמירתו מהמעות מה שצריך לשמור אותם לשותפו · ולפ"ז רק שמעון שומר על השטר : וכיון דסובר הרא"ש שפטור בשטרות אף בפשיעה

בפשיעה מפני מה חייבו הרא"ש לשמעון · ומכח סברא זאת נ"ל מה שהוליד בעל המשפט שם דין חדש לפי פירושו בדברי תשובות הרא"ש · בענין המכס שנוטלין פתקא מאת הממונה שסילק את המכס · ונאבד הפתקא מיד השליח חייב השליח לשלם בכל אלו כל ההפסד שהגיע על ידו · דלא שייך כאן לומר דאין בשטרות דין שומרים דבכל זה הוי גוף הפשיעה במעות · דמה לי שלא עשה שמירה על המעות ומחמת זה נגנבו או נאבדו המעות או שלא שמר הפיתקא עיין בדבריו כי אנכי כתבתי רק תורף פירושו והדין שלו · ולפי סברתי נ"ל כיון שנתן המעות להממונה עבור הפתקא כפי ציווי של המשלח כבר כלתה שמירתו מהמעות כיון דעשה בהמעות כפי רצון המשלח · ואח"כ כשקיבל הפתקא לא נקרא שומר על המעות רק על הפתקא · וגם כיון דיסוד זה הדין שכתב בעל המשפט הוא נובע מפירושו על דברי הרא"ש · ולפענ"ד נ"ל לפרש דברי הרא"ש בדרך אחר · דהא הרמ"א בחו"מ סימן ר"ג סעיף י"ד כתב דאם החליף מעות ומטלטלים או מעות וקרקע ביחד יש אומרים הואיל והליפין אינן קונין במעות נתבטל כל הקנין ויש אומרים דכל הקנין קיים ויש אומרים דקיים אלא הקרקע והמטלטלין ובטל אלא המעות עכ"ל · וכבר הארכתי בכפתור שלישי בפרח ד' דבשיעבוד כל הדעות מודים כמו שחל השיעבוד על דבר המועיל כן ג"כ חל השיעבוד על הדבר שאינו מועיל אם הי' משעבד אותו לבדו · דשיעבוד נוחה יותר להיות נתפס מקנין ע"ש שהארכתי בזה · וכיון שכן ניחא דברי תשובות הרא"ש · שמן הסתם בתחילת השותפות של מעות ומטלטלים נשתעבדו זה לזה שכל מה שיהי' בשותפות הן מעות וכן מטלטלים או שטרות יהי' מחויב כל אחד ואחד לשמור זמן ידוע · דאם לא התנו שכל אחד ישמור זמן ידוע · לא נעשו שומרים זה לזה (עיין ברמ"א בחו"מ סימן קע"ו סעיף ח') · ולפי דעת הש"ך שם ס"ק ע"ן אם לא התנו מתחילה אף שומר חנם לא הוי · אלא ודאי מדכתב הרא"ש שהשותפים נעשים שומרי שכר בדין הזה איירי שהתנו ביניהם · וכיון שכן כמו שחל השיעבוד מכל שותף על אחריות המטלטלים · כמו כן חל השיעבוד על אחריות השטרות · כיון דבבת אחת נשתעבד כל אחד ואחד מן השותפין לשמור המעות או המטלטלין וגם השטרות · כי בודאי שמירתם הי' באופן אחד שנתחייב באחריות גם על השטרות אם יאבדו אף דבשטרות אין מועיל קבלת האחריות להודיה רק כשקנו מידו על האחריות כדאיתא בב"מ (דף נ"ח) · מ"מ הכא כיון שחל השיעבוד על אחריות המטלטלין חל ג"כ על אחריות השטרות וכו"ע מודים לזה כמו שכתבתי שם · ומשו"ה חייב הרא"ש לשלם לשמעון מה שהחזיר השטר לעכו"ם הלוה :

ולפי דברינו ניחא · דברי תשובות הרי"ף שהביא המרדכי בפרק מרובה וז"ל ובתשובות האלפסי כתב ראובן שיש לו שטר חוב על שמעון והרשה ללוי לתובעו · ונאבד ממנו השטר אם באונס משתבע דבאונס אבדו ופטור עכ"ל · ובעל המשפט שם הביא התשובה הזאת באריכות יותר קצת והיא נדפסת בתשובות הרי"ף החדשים בסימן קע"ח דאם בפשיעה אבד מחייבין להמורשה לשלם ע"ש שהעתיק כל לשונו והתשובה הזאת הביא הרב ב"י סוף סימן קכ"ג מחידוש י"ג · ותמה מאד בעל המשפט על השמטת התשובה הזאת בשו"ע : וגם תמה דאין לומר דמשו"ה השמיטו דלכאורה התשובה הזאת תמוה מאד דברי הרא"ש והטור הביאו בשם רב אלפס בתשובה דס"ל דשומר שטרות פטור אף מפשיעה · (עיין בטור סימן ס"ו אות מ' וכן איתא בהדיא בתשובות הרי"ף סימן ל"ז) · וגם הקשה עוד בעל המשפט דהאיך כתב ואם באונס אבד משתבע דבאונס אבד ופטור · הא משנה ערוכה הוא בפרק הזהב דבשטרות שומר חנם אינו נשבע ונושא שכר אינו משלם והלכה רווחת הוא · וליכא מאן דפליג על זה · ומתרץ השני קושיות לפי פירושו בדברי הרא"ש דזה הוי כשומר על גוף הממון · והשטר הוא שמירת המעות לכך צריך לשבע דהשטר נאבד ממנו באונס · ובעיני יפלא זאת הסברא לפי קוצר דעתי איך נוכל לומר דהמורשה הוא שומר על המעות · הא עדיין לא

קיבל המורשה את המעות מהלוה שנאבד השטר קודם קבלת המעות · ומעולם לא נעשה שומר כי אם כשבא לידו ההפך שנעשה עליו שומר כידוע לכל · ואין צריך להביא ראיות ע"ז כי גלויים המקומות בש"ס לכל יודעי דת ודין · לכן נ"ל דכיון דהרשה את לוי לתבוע את החוב מן הלוה ולהביא לו נשתעבד שמעון באחריות המעות · דהוי כאלו מסר לו המעות לשמור · דכיון דהלוה ימסור לו המעות ע"י הרשאתו נסתלקו הבעלים משמירת גוף הממון ונכנס המורשה תחתם · אך לא נעשה שומר על המעות תיכף כשהרשה אותו · דהא עדיין לא באו לידו המעות רק נשתעבד באחריות בעת שהרשה אותו אם יבואו לידו המעות ויאבדו אז יהי' מחוייב לשלם דלא נעשה שומר רק כשבאו לידו כדכתבתי · וכיון דעכ"פ נשתעבד המורשה שיהי' שומר על המעות כשיבואו לידו ויהי' חייב באחריותן · ג"כ נשתעבד המורשה שיהי' חייב באחריות השטר שמסר לו לתבוע מן הלוה · דכיון דהשיעבוד הי' בבת אחת על המעות ועל השטר · כמו שהשיעבוד חל על חיוב אחריות המעות · כמו כן חייב א"ע באחריות השטר וחל השיעבוד על שניהם · [ולפענ"ד באלו הדברים אין אנו צריכין לדברי הרבינו בעל המשפט שם מה שכתב עוד לבאר תשובות הרי"ף מה שצריכין לכאורה הבנה] · אך לכאורה צריכין להבין לפי דברינו אמאי הוצרך הש"ס בהזהב (דף נ"ח) לתרץ מאי דפריך שם אמאי דאיתא במשנה שבהקדש אין בהם דין שומרים מברייתא דהשוכר את הפועל וכו' ומתרץ ר' יוחנן ורב שבת כשקנה מידו לכן איתא בברייתא שיש בהקדשות דיני שמירה · הא איכא לשנוי דמיירי ששיעבד א"ע לשמור גם מעות חולין כשקיבל עליו לשמור את ההקדשות · וכיון שחל השיעבוד אחריות על מעות חולין · חל ג"כ השיעבוד על אחריות מעות הקדש · וכעין הוכחה זאת הוכיחו הראשונים דפטור אף מפשיעה עיין שם (בדף נ"ז) בתוס' ד"ה שומר וכו' · ולכאורה יכולים לתרץ דמשום הכי לא משני הגמרא כן משום דברישא דברייתא קתני השוכר את הפועל לשמור את הפרה לשמור את התינוק לשמור את הזרעים אין נותנים לו שכר שבת · לפיכך אין אחריות שבת עליו וכו' · דמשמע דוקא אחריות שבת אינה חלה עליו · אבל אחריות של חול חל עליו · והתם מיירי בשכיר יום כמבואר בברייתא · ולפ"ז דוחק לומר שבכל יום ויום כשקיבל עליו לשמור את ההקדש נתן לו ג"כ דבר של חולין לשמור · דאיך יזדמן שבכל יום ויום יהי' לו ג"כ דבר של חולין לשמור דמלתא דלא שכיחא היא · דבודאי לא נוכל לומר אם ביום אחד נתן לו מעות של חולין ושל הקדש יהי' חל השיעבוד על כל הימים כיון דבכל יום ויום מתחיל שמירה חדשה ולכן משני הגמרא כשקנו מידו · אך לכאורה זה אינו · דלכאורה קשי' על הברייתא דקתני לפיכך אין אחריות שבת עליו אמאי הוצרך לאשמועינן זאת · דהא מעצמינו נ"כ היינו יודעים זאת דאין אחריות שבת עליו כיון דאין נותנים לו שכר שבת ואמאי יהי' חייב באחריותן · ועיין זה פריך הגמרא באילו מציאות (דף כ"ט) א"ה לפיכך דאמר ר"ע למה לי וכו' ע"ש · וצריכין אנו לתרץ · דמיירי הברייתא כששיעבד השומר א"ע לשמור את ההקדש כמה ימים שירצה בעה"ב · אך הברירה ביד בעה"ב בכל יום ויום לסלק אותו משמירתו · לכן ס"ל דאחריות שבת עליו שנהנה משמירת שבת שלא יאבד ההקדש כדי שיהיה לו לשמור בימי החול ויקבל שכר ע"ז · ומשום זה יהי' שומר שכר גם על שמירה שבת והנאה כזאת מותרת · ולא מיקרי שכר שבת דכיון דהברירה ביד בעה"ב תיכף לאחר השבת לסלקו משמירתו · נמצא דלא היה לו הנאה משמירת שבת [ולא נוכל לומר איפכא שבעה"ב שכר אותו לשמור כמה ימים אך נתן הברירה להשומר שבכל יום ויום יוכל לסלק ע"א משמירתו · דלפ"ז יהיה להשומר הנאה משמירת שבת כדי שיהיה לו מה לשמור בחול ויקבל שכרו עבור זה · דאם יאבד בשבת לא יהיה לו מה לשמור · וכששומר בשבת הוי כנוטל שכר עבור שבת · דכשנאמר דהברירה ביד השומר אמאי אין אחריות שבת עליו כיון דיש לו הנאה משמירת שבת] אלא ודאי כדכתבתי דנתן לו לשמור

על כמה ימים ונשתעבד השומר לשמור אך הברירה ביד בעה"ב שבכל יום ויום יוכל לסלק אותו משמירתו · ומשום זה הוה אמינא דגם אחריות שבת עליו כיון דיש להשומר הנאה משמירת שבת אם ירצה הבעה"ב שישמור אותה גם אחר השבת דאז יקבל שכר מה שישמור אחר השבת · לכן משמיענו הברייתא דאין אחריות שבת עליו כיון דאין מקבל שכר עבור שמירת השבת רק אולי יהיה לו הנאה. אם ירצה בעל הבית שישמור אותה אחר השבת ומחמת ספק הנאה כזה אין אחריות שבת עליו דאין נעשה שומר שכר עבור ספק הנאה כזאת · ואע"פ כן מיקרי רק שכיר יום כיון דהברירה ביד בעל הבית לסלק אותו משמירתו בכל יום ויום כשירצה הוא · וכיון שכן לכאורה הדרא קושיא לדוכתא אמאי איצטריך הגמרא לשנויי כשקנו מידו · הוה ליה לשנויי שכשנתן את ההקדש לשמור נתן גם דבר של חולין · וכיון שחל השיעבוד על אחריות הדבר של חולין כן חל אחריות ג"כ על הדבר של הקדש · וזה התירוץ לכאורה עדיפא מהתירוץ שמשני הגמרא כשקנו מידו דבברייתא איתא השוכר את הפועל לשמור את הפרה וכו' מאי שייכה גבי שמירה למנקט ביה שכירת פועל · והוה ליה למנקט בקיצור השוכר לשמור את הפרה וכו' אלא ודאי דהיה אלו פועל על דבר אחר וכל האומנין שומרי שכר הן כדאיתא במשנה בהשוכר את האומנין (דף פ' ע"ב) · לכן חל אחריות גם על שמירת הקדש · כיון שחל אחריות השמירה על מה שנתן להפועל איזה דבר לעשות דהדבר שנתן לתקן הוא מעות של חולין · ולפ"ז התירוץ מרומז בברייתא אבל התירוץ שמשני הגמרא כשקנו מידו אינו מרומז בברייתא כלל · והברייתא נקטה בסתימות · דלכאורה משמע דמיירי בשלא קנו מידו כה"ג דמקשה · ולפ"ז ישאר הקושי' במקומה למה לא משני הגמרא דמיירי שנתן לו גם דבר של חולין לשמור ומיגו דחל השיעבוד על אחריות של חולין חל נמי ג"כ השיעבוד על אחריות מעות של הקדש · אך לפי מה שכתב הש"ך בחו"מ בסימן ש"ו ס"ק קכ"ו דנוכל לומר כיון דאין נותן לו שכר שבת כאילו לא קבל עליו שמירת שבת כלל · ובשבת הוה ליה כאינש דעלמא · דהא דקיבל עליו שמירת שבת: משום דסבר שיהיה נותן לו שכר גם עבור שמירת שבת וכיון דאין נותנין לו הרי מה שקיבל עליו לשמור הוא בטעות ואינו נקרא שומר כלל ולפ"ז שניהם הן הבעה"ב והן השומר יכולים לחזור בהם · דכיון דהשומר יכול לחזור שלא ישמור אף בימי החול דאדעתא דהכי קיבל עליו לשמור שיהיה נותן שכר שבת · וכיון דאין נותנין לו כל מה שקיבל עליו השומר לשמור יכול לחזור · וכיון שכן מעולם לא נעשה שומר כלל הן מצד בעה"ב והן מצד השומר מחמת הדברים שהותנו ביניהם · דכל הדברים שהותנו ביניהם מעניני השמירה היה בטעות כמו שכתבו הראשונים בבא בתרא (דף פ"ד) · דאם מכר לו איזה דבר והיה בו אונאה בביטול מקח דשניהם חוזרים אף המתנה עיין ברא"ש שם בסימן י"ד ואף להחולקים שם שאין המתנה יכול לחזור מהמקח טעמייהו הוא משום שלא יהיה הוטא נשכר · משום דאמר ליה אי לאו דאונתני לא היית יכול לחזור וכעת אתה רוצה לחזור והכא גבי שומר ובעה"ב ליכא הך טעמא · וכיון דלא נעשה שומר מעולם מצד הדברים שהתנו ביניהם · וגם אין מחויב בעה"ב לשלם לו שום שכר רק מה שנותן לו שכר עבור שמירת ימות החול · משום דעדיף דין זה מדין היורד שלא ברשות דמחויב לשלם כמבואר בב"מ (דף ק"א) דהכא ירד ברשות דאדעתא דהכי שמר שישלם לו וגם בעה"ב היה דעתו לשלם עבור השמירה · ולפי זה השיעבוד של השומר שנשתעבד אע"פ לשמור כמה ימים שירצה הבעה"ב בטל השיעבוד הזה דשניהם יכולין לחזור וכיון שכן צריך שיעבוד חדש בכל יום ויום שישתעבד אע"פ לשמור איזה דבר של חולין כדי שיחול השיעבוד גם על אחריות של הקדש כמו שחל השיעבוד על אחריות דבר של חול · וזה מילתא דלא שכיחא שבכל יום ויום יזדמן כן כדכתבתי לעיל לפיכך הוצרכה הגמרא לשנויי דהכא שבת דמיירי כשקנו מידו אך כ"ל דהשיעבוד של השומר שנשתעבד את עצמו לשמור כמה ימים שירצה בעה"ב לא בטלה השיעבוד כמו שאוכיח לקמן בפרח שאחר זה אי"ה מדברי הר"ן · ובזה יהיה מתורץ דברי הרמב"ם ממה דהקשו הראשונים עליו :

דינים היוצאים מפרח הזה

א דין דאם אחד מסר מעות וסחורה שיקבל פתקא מהממונה על המכס עבור הסחורה כפי חוקי המדינה ונאבד הפתקא מיד השליח נאמן השליח בלי שבועה שנאבד ממנו ופטור מלשלם · דדין זה כמו שמסר לאדם אחד לשמור שטרות דנאמן השומר בלי שבועה שנאבדו ממנו דלא כדברי רבינו בעל המשפט סימן ש"ו · אם יסכימו רבותי עמי :

ב דין אם נתן מטלטלים ושטרות ביחד לשמור כשם שחייב באחריות על המטלטלין כן חייב באחריות על השטרות :

פרח ו אות א

דהקשו הראשונים על דברי הרמב"ם בהלכות שכירות פרק ב' הלכה ג' יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהם שאם היה שומר חנם על מטלטלים ונגנבו או שאבדו ישבע ובעבדים וקרקעות ושטרות פטור משבועה וכן אם היה שומר שכר שמשלם גניבה ואבידה במטלטלים פטור מלשלם באלו · אבל אם פשע בהן חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלים ודין אמת הוא זה למבינים · וכן ראוי לדון וכן הורו רבותי שהמוסר כרמו לשומר בין באריסות בין בשמירת חנם והתנה עמו שיחפור או יזמור מלוו ופשע ולא עשה חייב כמו שהפסיד בידים וכן כל כיוצא בזה שהפסיד בידים חייב על כל פנים עכ"ל · והקשו הראשונים דא"כ כי פריך הגמרא בפרק הזהב (דף נ"ח) מברייתא דהשוכר את הפועל לשמור וכו' ואמרו שם מאי לאו לשלם · לוקמא דהיינו אם פשע דישלם · אלא ודאי שאפי' אם פשע בהקדש פטור וה"ה באינך עיין בנושאי כליו של הרמב"ם · ועיין בתוס' שם (בדף נ"ז ע"ב) ד"ה שומר חנם שהוכיחו מדלא משני הגמרא שהברייתא מיירי שפשע מש"ה חייב לשלם מוכח מתוך זה דפטור אף מפשיעה · וראיתי לרבינו בעל המשפט בסימן ש"ו ס"ק ל"ד שמתרץ דברי הרמב"ם ע"פ הא דאיתא במשנה בפרק הגוזל עצים (דף ל"ו) גזל מטבע ונפסל · תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח וכו' אומר לו הרי שלך לפניך · והטעם משום דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק כדאמרינן בגיטין (דף נ"ז) ע"ש · וכן פסק לקמן בריש סימן שס"ג · ואף למאן דקי"ל דדיינינן דיני דגרמי · מ"מ הכא דהיזק שאינו ניכר הוא לא גרע גרם להזיק ממזיק ממש בידים דפטור בהיזק שאינו ניכר דלא שמיה היזק. ולפ"ז פריך הש"ס שפיר דליכא לאוקמי הברייתא בפשיעה דחייב דהוי כמו מזיק בידים · זה ליתא דהאי אמרה דאין בהקדש דין שומרים · א"כ אמאי קתני לשמור את התינוק · ופירש"י שהיו מגדלים אותם לפרה אדומה בחצירות הבנויים בסלעים ותחתיהם חלל כדי שלא יטמאו · וא"כ בכהאי גוונא אמאי חייב · דאף שפשע ולא שמר כראוי ונטמא מ"מ הא הוי היזק שאינו ניכר דלאו שמיה היזק ולא גרע מגזל תרומה ונטמאת דאומר לו הרי שלך לפניך אף שאם היה ביד הנגזל היה שומרו שלא יטמא · מ"מ פטור כיון דלא טמאו בידים · וא"כ ה"נ נהי דפשע ולא שמרו ומחמת זה נטמא מ"מ הא הוה היזק שאינו ניכר ופטור בהיזק דממילא אלא ודאי הא דאחריות שבת עליו לאו מטעם מזיק הוא אלא שחייב מדין שומרים · דכיון שקיבל שמירה עליו לשומרו מאותו היזק שאינו ניכר חייב עליו כשאר השומרים

השומרים · ופריך שפיר הא רחמנא פטרה הקדשות מדין שומרים · זה תורף תירוצו · ולפענ"ד נראה אף שבזה בודאי כדברי בעל המשפט דשומר חייב גם בהיזק שאינו ניכר · אך לא כדבריו ממש · שבתם שומרים אף אם לא התנו בבעה"ב והשומר שיהיה באחריותו של השומר גם בהיזק שאינו ניכר · אפה"נ ס"ל להבעל המשפט שחייב השומר ג"כ באחריות בהיזק שאינו ניכר כנראה מדבריו · וגם מדלא תירץ הקושיות שהקשה ע"ז הגמרא לחלק בין אם קבל השומר עליו באחריות היזק שאינו ניכר אי לא שעבד א"ע באחריות היזק שאינו ניכר רק בסתמא קיבל עליו לשמור כדאכתוב אי"ה לקמן לתרץ בזה הקושיא שהקשה שם · לי העני בדעת נראה מדברי השיטה מקובצת פרק הכונס (דף נ"ו ע"ב) ד"ה פשיעה וכו' ור' יעקב דסבר דגורמים דינו של שור שלא בפניו אין קלקולו מחמת שנפל ביד ב"ד דאפי' שלא בפניו גומרין דינו · ואין כאן היזק ניכר · ועל כן יש לומר גם הרי שלך לפניך בשומר כמו בגזלן · דכיון שאין הקלקול ניכר סתמא דמלתא לא קבל עליו שמירה בהיזק שבא בפשיעתו יותר מבאם היה טובח בידים · וכיון שאם היה טובח בידים היה פטור דהיזק שאינו ניכר הוא · גם עכשיו שהוא שומר ובא בפשיעתו פטור הוא עכ"ל · הרי מוכח דדעת השיטה מקובצת דגם בשומר יכול לומר הרי שלך לפניך כמו בגזלן · ואינו חייב בהיזק שאינו ניכר לשלם לבעה"ב · אך זה הוא דוקא בסתמא שלא קבל עליו בפירוש לשמור מהיזק שאינו ניכר. כדכתב השיטה מקובצת בהדיא · אבל אם קבל עליו השומר לשמור גם מהיזק שאינו ניכר חייב השומר לשלם גם בהיזק שאינו ניכר ולא יכול לומר הרי שלך לפניך · וצ"ל להביא ראיה דשומר חייב בהיזק שאינו ניכר אם קבל עליו בפירוש אחריות מזה · מהא דאיתא בב"ק (דף י"ג ע"ב) דת"ר כשהיזק חב המזיק להביא שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר בהזיקה בהמה ברשותן תם משלם חצי נזק · ומועד משלם נזק שלם וכו' · לעולם דאזקיה תורא דמשאיל לתורא דשואל · והכא במאי עסקינן שקיבל עליו שמירת גופו ולא קבל עליו שמירת נזקיו א"ה אימא סיפא נפרצה בלילה או שפרצוה ליסטים ויצתה והזיקה פטור · הא ביום חייב · הא לא קיבל עליו שמירת נזקיו · הכי קאמר אם קבל עליו שמירת ניזקיו חייב · נפרצה בלילה או שפרצוה ליסטים ויצתה והזיקה פטור וכו' · ואי אמרינן דשומר אינו חייב לשלם בהיזק שאינו ניכר אף אם קבל עליו בפירוש לשמור מהיזק שאינו ניכר מ"מ פטור · דלא נאמרה בתורה דיני שמירה בהיזק שאינו ניכר · א"כ קשה אמאי נכנסו השומרים תחת הבעלים שיהיו מחוייבים לשלם אם הזיקה הבהמה של בעה"ב · דהא היזק שאינו ניכר הוא בהשור שקבל עליו לשמור אם הזיק או לא · א"כ הוי כמו שאינו שומר כלל בשמירת נזקיו כיון דלא נאמרה בתורה דיני שמירה בזה · ומנא לן דנכנסו השומרים תחת הבעלים לשלם אם הזיק השור · וכ"ת דהיזק ניכר הוא · דהא ניכר ההיזק בשור שהזיק · זה אינו כדמוכח (בדף מ"ה) שם וע"ש בתוס' ד"ה השתא וכו' (ובדף נ"ח) בסוגיא דקמפלגי רבנן ור' יעקב ומגיטין (דף נ"ג) וע"ש בתוס' ד"ה גזלן וכו' דאם שור המועד שהמית אדם לר' יעקב · אף משנגמר דינו החזירו שומר לבעליו מוחזר · משום דהוי היזק שאינו ניכר לפי מה שפי' התוס' התם · ואם נימא דאם הזיק שור לשור אחר הוי היזק הניכר דניכר ההזיק בשור שהוזק · אמאי ס"ל לר' יעקב דיכול להחזיר השור לבעליו אף משנגמר דינו משום דהוי היזק שאינו ניכר הא ניכר ההיזק באדם שהמית השור · אלא ודאי כיון דלא ניכר ההזיק בשור שהזיק או שהמית מיקרי היזק שאינו ניכר · וכ"ת לפי מה שכתבו התוס' בהכונס (דף נ"ו) ד"ה פשיטא וכו' יש לומר דסברא הוא דגזלן נכנס תחת הבעלים · דכיון שהוציאה מרשות בעלים שהיו חייבין בשמירתה ואין הבעלים יכולים לשומרה לפי שנגזלת מהם · יש על הגזלן לשומרה דלענין נזקין איקרו בעלים כל מי שבידו לשומרה עכ"ל · ולכאורה לפי דבריהם נוכל לומר דלעולם לא נאמרה בתורה דיני שמירה מהיזק שאינו ניכר ופטור השומר מלשלם בשאר דוכתי · אך

בניזקין כיון דהשור תחת ידו של השומר · ויכול לשמור השור שלא יזיק השומר מיקרי בעלים של השור שיהיה חייב בנזקין כיון דבידו לשומרו כמו שכתבו התוס' גבי גזלן · אך נ"ל דלא דמי לגזלן כלל · דגבי גזלן כיון דהוציא השור מרשות בעלים בעל כרחן ואין הבעלים יכולים לשומרו בשום אופן · לכן נכנס הגזלן תחת הבעלים שיהיה מחויב לשומרה מנזקין · מה שאין כן גבי שומר · אם נימא דלא נאמרו דיני שמירה על היזק שאינו ניכר · אף אם קיבל עליו השומר לשמור את השור שלא יזיק יכול לחזור השומר בכל עת שירצה שלא ישמור אותו · ואף אם קבל עליו על שלשים יום לשמור יכול לחזור ביום ראשון · דכיון דלא נאמרה בתורה פרשת השומרים ע"ז הוה כאילו לא קיבל עליו שמירת נזקיו דפטור מלשלם אם הזיק השור כדאיתא בסוגין (דף י"ג) הנ"ל · והבעלים מחוייבים לשמור את השור מנזקיו · כי עליהם מוטל השמירה ולא על השומר · אלא ודאי דנאמרה דיני שמירה אף על היזק שאינו ניכר · ומש"ה אם קבל עליו השומר לשמור את השור מנזקיו נכנס תחת הבעלים שיהיה חייב לשלם אם הזיק השור · וכ"ת לפי מאי שכתבו התוס' בב"ק (דף מ"ה) ד"ה השתא וכו' בשור תם דמזיק ברשות שומר אפי' קודם גמר דין אם יחזירנו שומר לבעלים לא יפטר בכך · כיון דמזיק ע"י פשיעת שומר ונפל ברשות ניזק להגבות לו מיד לר"ע להשתעבד בו · ולר' ישמעאל לגבות מגופו · והוי ליה היזק ניכר שהוא מופסד שנפל ברשות אחרים · ולא יכול לומר הרי שלך לפניך עכ"ל · ולכאורה נוכל לומר הא דאיתא בגמרא (בדף י"ד) הכי קאמר אם קבל עליו שמירת נזקיו חייב · לא קאי רק על תם שהזיק דבזה חייב השומר דהוי היזק הניכר · כיון שנפל לרשות אחרים כמו שכתבו התוס' · זה אינו מתרי טעמי · הדא דמסתמא קאי אם קבל עליו שמירת נזקיו · על הא דאיתא בברייתא לעיל מינה להביא שומר חנם וכו' שהזיקה בהמה ברשותן דתם משלם חצי נזק ומועד משלם נזק שלם כדמוקי הגמרא והבאתי לעיל דאזקיה תורא דמשאיל לתורא דשואל · ועל זה קאמר אם קבל עליו שמירת נזקיו דחייב השומר אם הזיק תורא דמשאיל לתורא דעלמא · דתם משלם חצי נזק · ומועד משלם נזק שלם · דאל"כ ה"ל להברייתא לפרש דאם קבל עליו שמירת נזקיו אינו חייב השומר רק בתם ולא במועד · דיש חילוק בין אם מזיק תורא דמשאיל לתורא דשואל בין אם מזיק תורא דמשאיל לתורא דעלמא דלא נטעה לומר דקאי אם קבל עליו שמירת נזקיו גם במועד דחייב לשלם · אלא ודאי דגם במועד אם מזיק תורא דמשאיל לתורא דעלמא אם קבל עליו השומר שמירת נזקיו חייב השומר לשלם נזק שלם · ובמועד לא הוי היזק הניכר דהא לא נפל ברשות אחרים · שנית לפי מאי דאיתא שם (בדף נ"ו) דאם מסר לרועה נכנס הרועה תחתיו דמוקי הגמרא תחתיו דבעל בהמה · דהרועה חייב אם הזיקה הבהמה בשן ורגל שלא ע"ב בסוגיא ותרתי דמיירי בהדיא בנזקין דשן ורגל · הרי מוכח דאף דלא נפלה הבהמה לרשות אחר · חייב השומר לשלם אף דהוי היזק שאינו ניכר · ואי תקשה לך · הא מוכח בסוגין (בדף נ"ח) דגבי שור שהמית אדם · דלר' יעקב אף כשנגמר דינו של שור אם החזירו שומר לבעליו מוחזר דשומר ג"כ אומר לו הרי שלך לפניך כדכתב הש"ך (בחו"מ בסימן שמ"ג ס"ק ז') להוכיח מתוך הסוגיא הזאת והשיג על מהרש"ל ומשום זה כתב בעל המשפט שם · שהש"ך ס"ל דשומר אינו חייב בהיזק שאינו ניכר · אף שנראה לפענ"ד לתרץ דברי המהרש"ל ממה שהשיג עליו הש"ך שם · עד שכתב שאגב חורפיה לא עיין בסוף הסוגיא · ואנכי ה' לתרץ דברי המהרש"ל בדברים נכונים שיאות לומר שזה כוונת המהרש"ל · ולפ"ז לא מוכח מהסוגיא הנ"ל דבשומרים יוכל לאמר הרי שלך לפניך · מ"מ אתרץ אף לפי דברי הש"ך · דמשיטה מקובצת הנ"ל מבואר להיפך דשומר חייב לשלם בהיזק שאינו ניכר · וא"כ לא יכול לומר השומר הרי שלך לפניך · וגם הביא בעל המשפט שם בתוס' ב"ק (דף נ"ו ע"ב) ד"ה פשיעה שכתבו להדיא לחלק בשיני דגזלן פטור בפירות והירקבו מקלתן וכתבא דהדרא דאומר לו

הרי

הרי שלך לפניך · משא"כ בשומר כיון דקיבל השמירה עליו חייב אף בהשבת דהדרא ופירות והרקיבו ע"ש שכן מבואר בהדי' · דמוכח מדבריהם דשומר לא יוכל לומר הרי שלך לפניך וחייב לשלם אף בהיזק שאינו ניכר · דיש לומר דהסוגיא (דדף ל"ח) הנ"ל מיירי שלא קבל עליו השומר שמירת נזקיו · וכהאי גוונא מוקי (בדף י"ג) רק שקבל עליו שמירת גופו · לכן יכול לומר השומר אם המית השור אדם הרי שלך לפניך אף שקבל עליו שמירת גופו · דכיון דלא קבל עליו שמירת נזקיו הוי כאילו לא קבל עליו בפירוש אחריות מהיזק שאינו ניכר ועיין עוד שם (בדף מ"ה ע"ב) וסתמא דמלתא דלא אזיל איהו ומזיק וכו' · הרי חזינן דמוקי הגמרא באופן שקבל שמירה ע"ז · ולא ע"ז · וגם הש"ך דס"ל דשומרים יכולים לומר הרי שלך לפניך · היינו דוקא בסתם שומרים · דמסתמא לא קיבל עליו אחריות מהיזק שאינו ניכר כדכתב השיטה מקובלת הנ"ל · אבל אם בפירוש קיבל עליו אחריות מהיזק שאינו ניכר בודאי מודה הש"ך דלא יכול לומר הרי שלך לפניך · ולפ"ז יכול להיות ניחא תירוצו של שער המשפט אף לפי שיטת הש"ך דבדף כ"ח בב"מ מיירי בפירוש שקיבל עליו הפועל לשמור את התינוק שלא יטמא וקבל עליו בפירוש אחריות לזה עיי"ש שכן מוכח בהדי' · ולפ"ז אינו מובן דברי השער המשפט שכתב שלפי שיטת הש"ך לא ניחא תירוצו רק לפי דברי המהרש"ל דמפרש הסוגיא דב"ק (דף ל"ח) דבשומרים לא יוכל לומר הרי שלך לפניך · ולפי מאי דאכתוב לקמן שגם דעת מהרש"ל כדעת הש"ך · לפ"ז לא יהי' ניחא דבריו אף לפי דברי מהרש"ל :

פרח ו אות ב

דמה שהשיג עליו הש"ך בסימן שס"ג ס"ק ז' עד שכתב בסוף דבריו שאגב חורפי' דמהרש"ל לא ראה סוף הסוגיא · נלפענ"ד לתרץ דברי מהרש"ל בדברים אמתים ואציע לפניך הסוגיא דגמרא ממה שהוציא מהרש"ל את דינו ומה שהשיג עליו הש"ך מזה הסוגיא כדי שיובנו דברי מה שאכתוב לתרץ דברי המהרש"ל [פיסקא] חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך [גמרא] מאן תנא אומרין באיסורי הנאה הרי שלך לפניך · אמר רב חסדא ר' יעקב היא דתניא שור שהמית עד שלא נגמר דינו מכרו מכור הקדישו מוקדש · שחטו בשרו מותר · החזירו שומר לבעליו מוחזר · משנגמר דינו מכרו אינו מכור הקדישו אינו מוקדש שחטו בשרו אסור החזירו שומר לבעליו אינו מוחזר · ר' יעקב אומר אף משנגמר דינו החזירו שומר לבעליו מוחזר · מאי לאו בהא קמיפלגי דר' יעקב סבר אומרין באיסורי הנאה הרי שלך לפניך · ורבנן סברי אין אומרין באיסורי הנאה הרי שלך לפניך · א"ל רבה לא דכו"ע אמרינן באיסורי הנאה הרי שלך לפניך · דא"כ נפלגו בחמץ בפסח · אלא אמר רבה הכא בגומרין דינו של שור שלא בפניו קמפלגי · רבנן סברי אין גומרין דינו של שור שלא בפניו דא"ל אי אתיתיה ניהליה הוה מעריקנא ליה לאגמא · השתא מסרתיה ביד מאן דלא מצינא לאישתועי דינא בהדיה · ור' יעקב סבר גומרין דינו של שור שלא בפניו · דאמר ליה מאי עבדי ליה · סוף סוף הוה גמרי ליה דינו שלא בפניו · אשכחיה רב חסדא לרבה בר שמואל · א"ל תנית מידי באיסורי הנאה · א"ל אין תניא והשיב את הגזילה אשר גזל מה ת"ל אשר גזל יחזיר כעין שגזל מכאן אמרו גזל מטבע ונפסל וכו' תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח בהמה ונעבדה בה עבירה · ושור עד שלא נגמר דינו אומר לו הרי שלך לפניך · מאן שמעת ליה דאמר עד שלא נגמר דינו אין משנגמר דינו לא רבנן · וקתני חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך · א"ל אי משכחת להו לא תימא להו ולא מידי עכ"ל הגמרא · וכתב הש"ך בסימן שס"ג ס"ק ז' מה שפסק מהרש"ל פרק הגוזל קמא סימן כ' דאין אומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך רק גבי גזלן ולא גבי שומר · אינו נראה לפענ"ד וכל דבריו אינם מחוורין וכו' · עוד כתב מהרש"ל שם אלא נראה בעיני כו' אבל גבי גזלן לא שייך האי טעמא וכו' ע"ש שמחלק בין גזלן לשומר ומזיק · ומלבד מה שאין השכל נותן דשומר ומזיק יגרע מגזלן לענין זה · דבריו תמוהין שהרי להדיא מסיק בגמרא והשיב את הגזילה אשר גזל יחזיר כעין שגזל מכאן אמרו וכו' מאן שמעית ליה דאמר עד שלא נגמר דינו אין משנגמר דינו לא רבנן · וקתני חמץ ועבר עליו הפסח וכו' וכמדומה לי שמהרש"ל אגב חורפיה לא ראה סוף הסוגיא וכן מוכח מסוגיא דפרק הנזקין וכל שאר דבריו אינם מחוורין עכ"ל ואנכי העני בדעת לא באתי ח"ו להשיג על הש"ך אך הקושיא האחרונה שכתב הש"ך שאגב חורפיה לא ראה סוף הסוגיא דגמרא · מלוה עלינו ליישב :

וזה הנלי בראש מה שכתב הש"ך שמהרש"ל ס"ל דגבי שומרים אין אומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך המהרש"ל לא כתב כן · דזה לשונו של מהרש"ל · וע"כ לא פליגי רבנן עליה דר' יעקב אלא לענין שומר מטעמא דפירש דא"ל אם החזרת לי כו' · אבל גבי גזלן לא שייך האי טעמא דכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר וכו' · דכל זמן שלא נשתנית מידי לעולם מחזירה כמו שהיא וזו היא קולתו ותקלה כמו חומרתו וכו' הרי בהדיא מבואר בדברי מהרש"ל דדוקא גבי שור המועד יש חילוק בין שומר לגזלן אליבא דרבנן דפליגי אדר' יעקב דגבי גזלן לא שייך האי טעמא מה דאמרו רבנן דמשום זה לא יכול השומר לומר הרי שלך לפניך אבל בשאר איסורי הנאה דאתי ממילא כו"ע מודו דאמרינן הרי שלך לפניך אף גבי שומר דא"כ נפלגו בחמץ בפסח כדאיתא שם להדיא (בדף מ"ה) שם · ולאחר שחפשתי בדברי האחרונים ראיתי לחק יעקב בא"ח סימן תמ"ג ס"ק ח' שכתב מה שמבואר בתשובת שער אפרים סימן כ"ה כתב ג"כ בשם מהרש"ל דבכל איסורי הנאה שבעולם אמרינן הרי שלך לפניך גבי גזלן · ולא לגבי שומר · וכתב עליו שבאמת שגגה גדולה היא · ובחנם טרח בזה דמהרש"ל לא כתב כן רק בשור המועד · ועל הש"ך לא כתב החק יעקב שום דבר ובאמת גם הש"ך כתב כדברי הרבינו שער אפרים · עיין בלשונו בראש דבריו שהעתקתי לשון הש"ך · וכדי להלין קצת שלא יהיו דברי הגאונים כאלה שגגה גדולה לפי דברי החק יעקב מפני שכתב המהרש"ל בסוף דבריו וכן יראה להדיא מן הרמב"ן שפסק גבי שומר כרבנן דר' יעקב · וגבי גזלן פסק דאפילו יוצא ליסקל אומר לו הרי שלך לפניך אלא עיקר כמו שפרשתי הלכך בכל איסורי שבעולם והן בעין ולא נאבדו אומרים הרי שלך לפניך גבי גזלן ולא גבי שומר עכ"ל · מדכתב בסוף דבריו ולא גבי שומר למדו מדבריו דס"ל דבכל איסורי הנאה שבעולם יכול השומר לאמר הרי שלך לפניך · אך לפי קוצר דעתי אין כוונת המהרש"ל כמו שהמה סוברים · דמוכח מאמצע דברי המהרש"ל שהעתקתי את לשונו דלא מחלק בין שומר לגזלן רק גבי שור המועד שיוצא ליסקל כדכתבתי לעיל · ובסוף דבריו ג"כ כוונתו דמביא ראי' מן הרמב"ן שמחלק בין שומר לגזלן גבי שור המועד כמו שהעתקתי את דבריו ומסיים ע"ז הלכך בכל איסורין שבעולם והן בעין ולא נאבדו אומרים הרי שלך לפניך גבי גזלן פי' דגם גבי שור המועד אומר הרי שלך לפניך · ע"ז מסיק ולא גבי שומר · פירש דבשומר אין כל איסורי הנאה שוין דגבי שור המועד לא יכול לומר הרי שלך לפניך כדכתב הטעם באמצע דבריו · אבל באיסורי הנאה שבא ממילא גבי שומר נמי יכול לומר הרי שלך לפניך · ואף שכתבנו שאין הפשט בדברי מהרש"ל כדברי הש"ך והשער אפרים · אלא כדברי החק יעקב · מ"מ אף לפי הפשט של חק יעקב בדברי מהרש"ל · דרק לגבי שור המועד שנגמר דינו כתב המהרש"ל דאין יכול לומר הרי שלך לפניך ג"כ קשה קושית הש"ך · דהא בסוף הסוגי' איתא בהדי' מאן שמעית ליה דאמר עד שלא נגמר דינו אין · כשנגמר דינו לא · רבנן · והברייתא איירי בגזלן דאיתא בתחילת הברייתא והשיב את הגזילה אשר גזל וכו' · הרי מוכח דגם בגזלן ס"ל לרבנן דמשנגמר דינו לא יכול לומר הרי שלך לפניך :

ואיך

ואיך כתב המהרש"ל דגבי שור המועד אף רבנן מודו דאף משנגמר דינו יכול לומר הרי שלך לפניך :

ונלפענ"ד להבין דברי המהרש"ל ומתחילה נדקדק בדברי הגמרא מאן תנא אומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך למה פרט הגמרא דוקא איסורי הנאה · ה"ל להגמרא למינקט על כל מה דאיתא במתניתין (בדף ל"ו ע"ב) דשנוין במתניתין כמה דברים קודם דתני איסורי הנאה · כגון מטבע ונפסל או תרומה ונטמאת דמותרת ליהנות בשעת הפרשה כדאיתא בכמה דוכתי בש"ס · ולמה שבקה הגמרא הדברים השנוין מקודם · ומפרשה רק מאן תנא דאומרים באיסורי הנאה וכו' · אלא ודאי דזאת מלתא דפשיטא להגמרא דמטבע ונפסל ותרומה ונטמאת בודאי נוכל לומר הרי שלך לפניך · דיש בזה סברא טובה · דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק · כדהוכיחה הגמרא מזאת המתניתין בגיטין (דף נ"ג ע"ב) דהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק · אך זאת מיבעיא להגמרא מאן תנא דאומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך · לפי מה שכתב הרבינו ירוחם הביאו הבית יוסף ביו"ד סימן רס"ז · וז"ל כתב הרבינו ירוחם בנתיב כ"ג מי שיש לו שפחה ועדיין לא טבלה לשם עבדות · אסור לאחר להטבילה בלא רשות האדון דחוב הוא לו · דקודם שטבלה יכול למכרה אפי' לעובד כוכבים · ועתה אינה ראוי' למכרה אלא לישראל ונפחתה דמיה · ועוד דקודם שטבלה היתה יכולה להדליק בשבת ועכשיו אינה יכולה כן כתבו המפרשים · וצ"ל שמשלם לו הפחת שהזיקו בידים עכ"ל · ולכאורה צריכין להבין · אמאי צריך לשלם לו הפחת הא הוי היזק שאינו ניכר · דהא אין שינוי בגוף השפחה מקודם שטבלה עד לאחר שטבלה והיזק מה שמגיע לרבו אינו ניכר הוא · וצריכין לומר דטעמו דרבינו ירוחם כמו שכתבו התוס' בב"ק (דף מ"ה) והבאתיו לעיל דבשור תם הוי היזק הניכר דנפל לרשות אחרים עיין בדברינו לעיל באות א' שהעתקנו את לשונם · ה"נ גבי שפחה כיון שיצאה ע"י הטבילה מרשות חול · ונכנסה לרשות קדושה · ומזה יש לו היזק לרבה של שפחה הוי היזק הניכר · ולפ"ז לדעת הרשב"א בתשובותיו בסימן תשמ"ו דנשאל המודר הנאה מחבירו ונתן לו לולב לצאת בו על מנת שיחזירהו · אם שייך בכי האי מצות לאו ליהנות ניתנו אם לאו · והשיב דביום ב' ודאי יוצא דמצות לאו ליהנות נתנה · אבל ביום א' לא יצא דהא בעי ולקחתם לכם משלכם ולא משל איסורי הנאה וכו' עכ"ל · והביאו הרמ"א באו"ח בסימן תרמ"ט סעיף ב' · ולפ"ז בעי הגמרא מאן תנא דאומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך · כיון דבאיסורי הנאה דינם כהפקר אף למאן דאיתא ברשותיה באיסורי הנאה לא מיקרי שלהם · לפ"ז אם נאסר בהנאה ממילא הדבר שגזל הוי היזק הניכר · כיון דנפקא מרשות הבעלים ונפל תחת רשות כל העולם דהוי הפקר דבשלמא לפי סברת התוס' דבשור תם מיקרי היזק הניכר משום דנפל לרשות אחרים · נוכל לומר דמיקרי איסורי הנאה היזק שאינו ניכר דיש לחלק בין אם נפל לרשות אחרים שיש לו רשות מיוחדת כמו גבי שור תם שכתבו התוס' שנפל לרשות ניזק בין איסורי הנאה אף אם אמרינן דהוי כהפקר וכשנאסר בהנאה נפל לרשות השייך לרבים · מ"מ לא מיקרי היזק הניכר כיון שלא נפל לרשות מיוחדת רק לרשות השייך לרבים · וכן באמת ס"ל כמה פוסקים לחלק בהכי · וכמו שאכתוב לקמן אי"ה · אבל לפי דעת הרבינו ירוחם דס"ל כיון דיצאה השפחה מרשות חול לרשות קדושה מיקרי היזק הניכר · אף שלא באה אחר הטבילה לרשות מיוחדת · ה"נ גבי איסורי הנאה אי אמרינן דהוי הפקר מיקרי היזק הניכר אף שלא נפל מחמת איסור הנאה לרשות מיוחדת · לכן הוה ס"ד דגמרא לפי שיטת המהרש"ל כדעת רבינו ירוחם דאיסורי הנאה מיקרי היזק הניכר · לכן בעי הגמרא מאן תנא דאומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך כיון דהוי היזק הניכר · אבל מה שתנו במתניתין קודם לכן מטבע ונפסלה תרומה ונטמאת לא בעי הגמרא מאן תנא דיכול הגזלן לומר הרי שלך לפניך · דזה פשיטא דהוי היזק שאינו ניכר · לכן יוכל לומר לו הרי שלך לפניך ·

והשיב רב חסדא ר' יעקב היא דתניא שור שהמית וכו' · ואמר ליה רבה לא דכו"ע אמרינן באיסורי הנאה הרי שלך לפניך · דא"כ נפלגי בחמץ בפסח · לא מיבעיא אי אמרינן דבאיסורי הנאה לא הוי הפקר כשיטת הריטב"א דבסוכה (דף לה) הובא דבריו במקור חיים בסימן תל"ח בדיני בדיקה וביטול שלו ופסק כמותו · וכן דעת הפרי מגדים באו"ח סוף סימן תמ"ג · לפי דעתם בודאי כשנאסרה בהנאה ממילא יכול לומר הרי שלך לפניך דהוי היזק שאינו ניכר · דהא לא נפלה על ידי מה שנאסרה בהנאה לרשות השייך לרבים · ולפ"ז ניחא אף לפי דעת הרבינו ירוחם דס"ל דאף אם נפל לרשות שאינה מיוחדת מיקרי היזק הניכר כדהוכחתי מדבריו · וכבר הארכנו בזה בכפתור שני בפרח י"ד ובפרחים שאחר זה · ואפי' לדעת הסוברים דאיסורי הנאה הוי הפקר כפי שכתבתי לעיל דברי הרשב"א · ולפי מה שכתב הבאר אברהם בחידושיו לפסחים (דף ו') וגם דעת הרמב"ם כן וגם התוס' בב"ק (דף ע"ב) ג"כ סבירא להו כן והביא ראי' לזה מכתובות (דף ל"ד) ממעשה שבת ע"ש · מ"מ נ"ל דגם לדעתם ניחא דברי רבה · דהמה סוברים כפי שיטת הרמב"ן הובא דבריו בר"ן בקדושין בביאורו לרב אלפס על הסוגיא דפ"ק דקדושין תנא ע"ג סלע וכו' (בדף ח' ע"ב) בגמרא · דלפי דבריו אוכיח לקמן אי"ה דלא מיקרי היזק הניכר רק כשנפל לרשות המיוחדת · כדכתבו התוס' גבי תם דהא נפל לרשות הניזק · אבל כשנפל לרשות השייך לרבים לא מיקרי היזק הניכר · דאל"כ יהיה קשה לפי שיטת הסוברים דאיסורי הנאה מיקרי הפקר למה יוכל לומר הרי שלך לפניך באיסורי הנאה · דהא מוכח מיבמות (דף מ"ו) דאם הטביל עבד של חבירו שלא מדעת האדון צריך לשלם לרבו עבור העבד דמיקרי היזק הניכר עיין בדברינו לקמן שאבאר זאת באריכות קצת · אלא ודאי כדכתבתי דיש חילוק בין אם נפל לרשות מיוחדת כמו גבי עבד שהטבילו שלא מדעת רבו שנפל לרשות עצמו · בין באיסורי הנאה אף דהוי הפקר לדעת הרשב"א וסייעתו · כיון דלא נפל לרשות המיוחדת לא מיקרי היזק הניכר · לכן אמר רבה דלכו"ע אמרינן באיסורי הנאה הרי שלך לפניך דא"כ נפלגי בחמץ בפסח ורבנן ור' יעקב פליגי בסברא אחרת כדמסיק הגמרא שהעתקתי לעיל · ומייתי הגמרא אח"כ סיוע לרבה מהברייתא והשיב את הגזילה מה ת"ל אשר גזל וכו' חמץ ועבר עליו הפסח וכו' ושור שלא נגמר דינו אומר לו הרי שלך לפניך והוכיח הגמרא מהברייתא מאן שמעת ליה דאמר עד שלא נגמר דינו אין משנגמר דינו לא רבנן וקתני חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך · פי' דמהברייתא מוכח דלא כרב חסדא · דאם נאמר דרבנן ור' יעקב פליגי באיסורי הנאה אי אמרינן באיסורי הנאה הרי שלך לפניך או לא · דרבנן סבירא להו דבאיסורי הנאה אין אומרים הרי שלך לפניך לפי דברי דלעיל · משו' דאיסורי הנאה הוי הפקר ומיקרי היזק הניכר שנפל ברשות השייך לרבים · לפ"ז גם טעמייהו דרבנן לפום סברת רב חסדא דס"ל דאין אומרין באיסורי הנאה הרי שלך לפניך משום דהוי הפקר ומיקרי היזק הניכר · ור' יעקב סובר דלא מיקרי היזק הניכר רק כשנפל לרשות המיוחדת · לכן ס"ל דאומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך אף דהוי הפקר · לפ"ז מוכח מהברייתא דלא כרב חסדא · דאם נאמר דסברת רבנן דאמרי דמשנגמר דינו של שור הנסקל לא יוכל לומר הרי שלך לפניך הוא משום דסבירא ליה דבכל איסורי הנאה אין אומרים הרי שלך לפניך משום דהוי הפקר מיקרי היזק הניכר · דמדתני בברייתא בשור עד שלא נגמר דינו אז יכול לומר הרי שלך לפניך על כרחך אתיא כרבנן · דלר' יעקב אף משנגמר דינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך · לפ"ז בכל איסורי הנאה שבעולם ג"כ לא יוכל לומר הרי שלך לפניך ואמאי תני בברייתא גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך · לכן מוכח מהברייתא כסברת רבה דכו"ע סבירא להו דאומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך · רק דפליגי רבנן ור' יעקב גבי שור המועד דטעמייהו דרבנן דלא יוכל לומר הרי שלך לפניך דאין גומרין דינו של שור שלא בפניו

דאמר ליה אי איתיה נהליה הוה מעריקנא ליה לאגמא השתא מסרתיה ביד מאן דלא מצינא לאשתעי דינא בהדיה וכו'· ומשום הכי ניחא הברייתא דתנא דגבי גזל חמץ אומר לו הרי שלך לפניך אף לרבנן· ואף שכתב מהרש"ל דגבי גזלן לא שייך האי טעמא בין נגמר דינו או לא כדכתבתי לעיל לשונו· מ"מ ניחא הברייתא דקתני גבי גזלן דיש חילוק לרבנן בשור שנגמר דינו או לא לפי מה שכתבתי· לא מבעיא לדעת הפוסקים דאיסורי הנאה לא הוי הפקר ומשו"ה גבי חמץ בודאי מיקרי היזק שאינו ניכר· לכן יוכל לומר הרי שלך לפניך· מה שאין כן גבי שור המועד שנגמר דינו שעל ידי גרמתו דלא מעריקניה ליה לאגמא נגמר דינו והפקירוהו ב"ד כדאיתא בכריתות (דף כ"ד ע"א) אמר רבי כרוספדאי א"ר יוחנן שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה בו וכו'· ולפ"ז על ידי גרמתו של הגזלן דלא מעריקניה לאגמא הפקירו ב"ד את השור [ודכרנא מכבר שהוכחתי דטעמא דר' יוחנן משום דהוי הפקר משום דהפקירו ב"ד· דאם לא כן יהיה קשה על תוס' דנדרים סוף פרק אין בין המודר ד"ה הא] אך אף אם תימא דהבעלים הפקירו את השור מיד שנגמר דינו בב"ד· ה"נ הנגזל הפקיר את השור תיכף כשידע כשנגמר דינו· וגם כ"ל לפי מאי דאיתא בב"ק (דף ק"ה ע"ב) דחמץ לאחר הפסח מיקרי עפרא בעלמא וכן אמרינן שם (בדף ק"י ע"ב) דאיתא התם והא לא קא יהיב להו מידי דעפרא בעלמא הוא· ולפ"ז גם גבי שור שנגמר דינו מיקרי עפרא בעלמא דאין לנו לחלק בין המן לאחר הפסח ובין שור שנגמר דינו· ולרבנן הגזלן גרם שיפקירוהו ב"ד או הנגזל או שיהיה מיקרי עפרא בעלמא ולא יהיה שוה מידי דהוה מעריק ליה להשור לאגמא· ולא היו הב"ד יכולין לגמור דינו דאין גומרין דינו של שור אלא בפניו· וכיון דהגזלן גרם לזה לא קיים מצות השבה· הלא דלרבנן ג"כ אין חילוק גבי גזלן בין שור שנגמר דינו בין לא נגמר דינו לשיטת מהרש"ל· היינו דוקא דאין צריך הגזלן לשלם אם אמר לו אף משנגמר דינו הרי שלך לפניך כיון דלא נשתנה השור מידי כדכתב המהרש"ל· מ"מ מצות השבה לא קיים כיון דהוא גרם שיפקירוהו ב"ד להשור או שהנגזל יפקיר את השור או שיהיה עפרא בעלמא· בא"פ שגזילה אין כאן· מצות השבה אין כאן· כיון דהגזלן גרם לזה שלא יהיה השור שוה מידי· וכדומה לזה איתא בב"ק (דף ק"ה ע"א) ה"ק אע"פ שגזילה אין כאן מצות השבה אין כאן וכו'· והברייתא מיירי לענין מצות השבה דיליף מן והשיב את הגזילה שאם נגמר דינו של השור לא קיים מצות השבה מהטעם שכתבתי· ואף להפוסקים דסבירא להו דאיסורי הנאה הוי הפקר· מ"מ לא מיקרי היזק הניכר כיון דלא נפל לרשות המיוחדת רק לרשות השייך לרבים· ומשו"ה יוכל לומר הרי שלך לפניך גבי חמץ בפסח· ולא מיבעיא דאין צריך לשלם עבור הגזילה של חמץ שעבר עליו הפסח· אלא קיים מצות השבה ג"כ· כיון דממילא נאסר בהנאה· משא"כ בשור המועד שנגמר דינו כיון דע"י גרמתו נאסר השור בהנאה דאם יערקוניה לאגמא לא היו הב"ד גומרין את דינו שאין גומרין דינו של שור שלא בפניו לכן לא קיים מצות השבה לרבנן אף דגזילה אין כאן דלענין דאין צריך לשלם עבור השור שגזל דמים מעליא מהני'· דיכול לומר הרי שלך לפניך לגבי גזלן לפי סברת מהרש"ל כיון דאין שינוי בהשור מעת שגזל עד אחר שנגמר דינו יכול לומר הרי שלך לפניך היינו דאין צריך לשלם דמי מעליא עבור השור אבל מצות השבה אין כאן כדהבאתי לעיל· אבל המתניתין (דף ל"ו ע"ב) דקתני התם או שהיתה יוצאה ליסקל אומר לו הרי שלך לפניך אתי' אף כרבנן· כדכתב המהרש"ל דלרבנן אין חילוק גבי גזלן· בין שור שלא נגמר דינו ובין שור שנגמר דינו ומשו"ה כתב דאתי' המשנה כרבנן דהמתניתין קתני זאת גבי גזלן דלא כפירש"י (דדף ל"ח) ד"ה דא"כ שכתב דהסיפא דמתניתין כר' יעקב אתי' דאם קיים הגזלן מצות השבה בשור שנגמר דינו בזה לא מיירי המתניתין אבל הברייתא מיירי לענין קיום מצות השבה כדהשיא הברייתא בתחילתה הפסוק והשיב את הגזילה וגו'· להכי קתני דוקא שור שלא נגמר דינו אבל כר' יעקב לא מציא אתיא הברייתא דלר' יעקב קיים מצות השבה אפי' לאחר שנגמר דינו כיון דלא גרם הגזלן שום היזק בהשור רק ממילא נאסר בהנאה· דאף אם מעריק ליה לאגמא היו הב"ד גומרים את דינו דס"ל דגומרים דינו של שור שלא בפניו כדאיתא בגמרא שהעתקתי לעיל· לכן הוה כמו חמץ בפסח דאף לרבנן קיים מצות השבה כמו שכתבתי· ולפ"ז מוכיח הגמרא מהברייתא דלא כרב חסדא· דכר' יעקב ודאי לא מציא אתיא הברייתא· דלדידיה אין חילוק בין חמץ שעבר עליו הפסח לשור שנגמר דינו אף לרבה· וכ"ש לרב חסדא· ואם נימא דהברייתא מיירי לענין מצות השבה אמאי קתני בברייתא דבחמץ שעבר עליו הפסח אמר לו הרי שלך לפניך וקיים מצות השבה וגבי שור המועד תני דוקא עד שלא נגמר דינו יכול לומר הרי שלך לפניך דמשמע מזה דמשנגמר דינו לא יכול לומר כן דמאי שנא מחמץ· וכ"ת דיכול להיות דהברייתא אתיא ככו"ע ומיירי לענין מצות השבה· דלר' יעקב אף דס"ל דאף משנגמר דינו יכול לומר הרי שלך לפניך היינו דוקא לענין דאין צריך לשלם דמים מעליא עבור השור· דגזילה אין כאן וגם מצות השבה אין כאן· דשור המועד משנגמר דינו הוי הפקר כדאיתא בכריתות כ"ד וכמש"כ לעיל לכן איתא בברייתא דוקא שור שלא נגמר דינו אז יכול לומר הרי שלך לפניך אבל בחמץ בפסח לא הוי הפקר כ"א איסורי הנאה· משו"ה איתא בברייתא דיכול לומר הרי שלך לפניך לקיים אף מצות השבה· כיון דיכול להחזירה לרשות הנגזל· והמשנה דקתני דבשור המועד אף משנגמר דינו יכול לומר הרי שלך לפניך· היינו דאינו צריך לשלם דמים מעליא עבור השור ואתיא כר' יעקב כדאמר רב חסדא אבל מצות השבה לא קיים כדאיתא בהברייתא· אבל זה אינו. דאם איתא דלרב חסדא יש לחלק בין המן בפסח ובין שור המועד שנגמר דינו איך הוכיח רב חסדא מרבנן דס"ל דשור המועד שנגמר דינו לא יכול לומר הרי שלך לפניך· דבשאר איסורי הנאה סברי כן כדאיתא בגמרא במימרא דרב חסדא ורבנן סברי אין אומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך הא נוכל לומר דרבנן לא אמרו כן רק גבי שור המועד שנגמר דינו משום דהוי הפקר אבל בשאר איסורי הנאה מודים דיכול לומר הרי שלך לפניך דאיסורי הנאה לא הוי הפקר וכי היכי דפשיטא ליה לרב חסדא אליבא דרבנן דאין חילוק בין שור שנגמר דינו לשאר איסורי הנאה· ה"נ לר' יעקב ג"כ סבירא ליה לרב חסדא בודאי דאין להלק· דבזה אם יש חילוק בין שור שנגמר דינו לשאר איסורי הנאה או לא לא מצינו שום רמז פלוגתא בין רבנן לר' יעקב· אלא ודאי דלרב חסדא מילתא דפשיטא דאין להלק בין חמץ בפסח לשאר איסורי הנאה דבשאר איסורי הנאה ג"כ ס"ל לרב חסדא דהוי הפקר· ולכן כמו דס"ל לרבנן בשור המועד דהוי היזק הניכר משום דיצא השור מרשות הנגזל ונפל לרשות השייך לרבים כמו שכתבתי לעיל זאת הסברא ה"נ גבי שאר איסורי הנאה ס"ל ג"כ דהוי הפקר לכן לרבנן יכול לומר גם בשאר איסורי הנאה הרי שלך לפניך דהוי היזק הניכר· ולר' יעקב ס"ל דלא חשיב היזק הניכר דדוקא אם נפל השור לרשות המיוחדת כגון שור תם· אבל הפקר לא חשיב היזק הניכר עיין לעיל שביארתי זאת הסברא באריכות· לכן אמר רב חסדא דרבנן סברי דגם בשאר איסורי הנאה אין יכול לומר הרי שלך לפניך וממילא מוכח מהמתניתא שהביא רבה דלא כרב חסדא :

אך זה מה שכתבתי ניחא רק לפי מה שפרשנו לעיל דלרב חסדא פליגי רבנן ור' יעקב בהך סברא אי אמרינן כיון דאיסורי הנאה הוי הפקר הוי כהיזק הניכר משום דיצא מרשות בעליו ונכנס לרשות השייך לרבים· אבל אי אמרינן דפליגי בהיזק שאינו ניכר דרבנן סברי דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק· ור' יעקב סבר דלאו שמיה היזק· לא מוכח מידי ממתניתא שהביא רבה בר שמואל דלא כרב

חסדא

חסדא· דלפי שיטת הריטב"א הנ"ל דאיסורי הנאה לאו הפקר נינהו · ושור שנגמר דינו הוה הפקר בודאי כדאמר רבי כרוספדאי בשם ר' יוחנן המובא לעיל וכן פסק הרמב"ם בפרק י"א מהלכות נזקי ממון הלכה י"ג · דלפ"ז נוכל לומר כרב חסדא דפליגי בהיזק שאינו ניכר אם יוכל לומר הרי שלך לפניך דרבנן סברי היזק שאינו ניכר שמיה היזק לכן לא יוכל לומר הרי שלך לפניך · ור' יעקב סבר לאו שמיה היזק לכן סבר דיכול לומר הרי שלך לפניך · ואינו צריך לשלם דמי מעליא עבור השור · אבל בגזלן דאף דגזילה אין כאן גם מצות השבה אין כאן כדכתבתי לעיל · ולפ"ז בשור המועד שנגמר דינו אף דלר' יעקב אין צריך הגזלן לשלם דמי מעליא עבור השור מ"מ מצות השבה לא קיים כי משנגמר דינו הוה הפקר לא השיב לבעלים מידי · דהא אין לשום אדם שום זכיה ביה · דמה שאמר ר' כרוספדאי הנ"ל כל הקודם בו זכה בו היינו אחר ששחטו עדיו עיין שם ומשו"ה קתני בברייתא דהביא רבה בר שמואל ושור עד שלא נגמר דינו · דהברייתא מיירי במצות השבה כדאיתא בברייתא בתחילתה והשיב את הגזילה וכו' ואתיא כר' יעקב וע"כ בשור משנגמר דינו לא קיים מצות השבה · אבל בחמץ ועבר עליו הפסח ניחא הא דקתני בברייתא דקיים מצות השבה · דלפי שיטת הריטב"א דאיסורי הנאה לא הוי הפקר והשיב לבעלים מידי · דאית להו זכיה בגוייהו ולפ"ז לא מוכח מידי בברייתא דלא כרב חסדא · וזה דוחק לומר כי רב חסדא בעצמו הודה לו דמסתמא הברייתא לא מיירי במצות השבה או דפליג על דברי ר' כרוספדאי בשם ר' יוחנן הנ"ל · וגם זה דוחק הוא דהברייתא מיירי במצות השבה · כדאיתא ברישא מקרא והשיב את הגזילה וכו' וגם אין סברא דפליג על ר' יוחנן דאפושי פלוגתא לא מפשינן · ואין לומר דא"כ מאי הוכיח רב חסדא דרבנן ס"ל דאין אומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך מדס"ל בשור שנגמר דינו דאינו מוחזק הא יש לומר דבאני התם דהוי הפקר והוי היזק ניכר משא"כ חמץ בפסח דהוי שלו כמש"כ · דז"א דאם נאמר דס"ל דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק א"כ גבי חמץ בפסח אמאי יכול לאמר הרי שלך לפניך · דמ"מ הא היזק ניכר הוא וכמו שפריך הש"ס בגיטין (דף נ"ג) אך לפי מה שפירשתי לעיל דברי בגמרא דמדלא קבעי הגמרא רק מאן תנא אומרים באיסורי הנאה הרי שלך לפניך · ולא קבעי מאן תנא על שאר הדברים השנויים במשנתינו קודם לזה · הוכחתי מזה · דזאת פשיטא לה להגמרא דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק כדמסיק בגיטין (דף נ"ג) לכן לא קבעי מאן תנא רק באיסורי הנאה · משום דהוה הפקר והוה כהיזק הניכר כמו שכתבתי לעיל · ואמר רב חסדא דמתניתין ר' יעקב היא דסבירא ליה דשור שנגמר דינו אומר לו הרי שלך לפניך אף דהוי הפקר · מ"מ הוה היזק שאינו ניכר · אבל רבנן דפליגי עליה וסברי דשור משנגמר דינו אינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך משום דכיון דהוה הפקר לכן הוה כהיזק הניכר · ולפ"ז אליבא דרב חסדא דמוקי פלוגתייהו בהכי לא מציא אתיא הברייתא דהביא רבה בר שמואל לא כרבנן ולא כר' יעקב · כרבנן לא מציא אתיא בודאי דכיון דסברי דהוי היזק הניכר באיסורי הנאה משום דהוה הפקר וצריך לשלם דמי מעליא גם באיסורי הנאה דאתי ממילא כגון חמץ ועבר עליו הפסח · ובברייתא קתני חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך · אלא אפי' כר' יעקב נמי לא מציא אתיא · אף אם נימא דהברייתא מיירי לענין מצות השבה דכי היכי דלרב חסדא פשיטא ליה אליבא דרבנן דאין לחלק בין חמץ ועבר עליו הפסח לשור שנגמר דינו כדהוכחתי לעיל · ה"נ פשיטא ליה דאליבא דר' יעקב ג"כ אין לחלק דבזה לא מצינו שום פלוגתא בין רבנן ובין ר' יעקב · ולפ"ז ליכא שום חילוק אף לר' יעקב בין שור שנגמר דינו לחמץ ועבר עליו הפסח · דבשניהם הוי הפקר ואמאי קתני בברייתא דבשור דוקא עד שלא נגמר דינו או יכול לומר הרי שלך לפניך אבל משנגמר דינו לא

ובחמץ ועבר עליו הפסח קתני דיכול לומר הרי שלך לפניך הא ליכא שום חילוק ביניהם · וזה בודאי אין לאמר דרב חסדא יתרץ הברייתא לר' יעקב ומחלק לענין השבה בין אם נגמר דינו אי לא דר' יעקב יסבור דאין גומרין דינו אלא בפניו · דא"כ דמים ג"כ בעי שלומי דהוי מזיק ממש וגם קושיתינו הראשונה ישאר מאין הוכיח דרבנן לא אתיא ודו"ק · ואף שכתבתי דאי לאו דקתני בברייתא חמץ בפסח יכולין לומר דאתי הברייתא כר' יעקב · ומיירי לענין מצות השבה · והגמרא! קאמר מאן שמעת ליה דאמר עד שנגמר דינו אין משנגמר דינו לא רבנן וכו' דמשמע דבשום אופן לא מצי אתיא כר' יעקב · דנ"ל דהגמרא דקאמר מאן שמעת ליה וכו' הוא לפי האמת אליבא דרבה דכתבתי לעיל דלרבה הא דלא קיים מצות השבה בשור המועד שנגמר דינו משום דהגזלן גרם שיהיה השור הפקר · או עפרא בעלמא או לכל הפחות שיאסר בהנאה · וכיון דהגזלן גרם לזה לכן לא קיים מצות השבה · אבל גבי המן בפסח כיון דממילא נאסר בהנאה ולא מחמת גרמא דגזלן אף שהיה יכול למכור לעכו"ם קודם זמן איסורו ולא היה נאסר בהנאה עיין בחק יעקב בסימן תמ"ג ס"ק ה' דלא מיקרי פשיעה מה שלא מכר וא"ה בלי נדר אכתוב בזה הפרח מה שישים ה' תורתו בלבבי לכן גם בחמץ בפסח קיים מצות השבה · משא"כ לר' יעקב אליבא דרבה ליכא שום נפקותא בין חמץ בפסח לשור שנגמר דינו דגם בשור לא גרם הגזלן שום דבר אליביה כיון דס"ל דגומרין דינו של שור שלא בפניו כדאיתא בגמרא · וא"כ מאי מחלק הברייתא בין חמץ שעבר עליו הפסח ובין שור שנגמר דינו · לכן אמרה הגמרא מאן שמעת ליה דאמר עד שלא נגמר דינו אין משנגמר דינו לא רבנן כן נ"ל ליישב דעת המהרש"ל בדברים אמיתים וברורים ות"ל ע"ז וכד שכינתא נפיק לוותי מהרש"ל דתדילגא מיליה בדברים נכוחים להציל אותו משגגות כהן הגדול הש"ך :

העולה מדברינו דגם מהרש"ל ס"ל דהתם שומרים יכולין לומר הרי שלך לפניך בהיזק שאינו ניכר כפי שביאר הפשט החק יעקב הנ"ל · דדוקא גבי שור שנגמר דינו שם פסק מהרש"ל דאין השומר יכול לומר הרי שלך לפניך · אבל לא בשאר איסורי הנאה · אך זהו דוקא בהתם שומרים שמסתמא לא קבל שמירותיה מהיזק שאינו ניכר כדכתב השיטה מקובצת ריש פרק הכונס הנ"ל · אבל כשקיבל עליו בפירוש לשמור גם מהיזק שאינו ניכר חייב השומר לשלם אם אירע בדבר שצריך לשמור היזק שאינו ניכר · כגון חמץ ועבר עליו הפסח שנאסר בהנאה והבאתי ראי' לזה באות א' מגמרא · אך מה שכתב השיטה מקובצת הנ"ל ואומר רבי דאפי' מת השור בבית שומר כדרכו לאחר גמר דין לר' יעקב · או דמאבדו או אפי' הרגו שומר ואבדו בידים לאחר גמר דין פטור הוא · אפילו שבגזלן בכהאי גוונא חייב · דגזלן הוא שנתחייב בהשבת גזילה ואין כאן השבה · אבל שומר למה יתחייב באבדו בידים · והלא לא הי' שוה כלום · ואם מפני שיכול לומר הרי שלך לפניך כמו בגזלן · א"כ גם בהרקיבו מקלתן נמי יאמר לו הרי שלך לפניך כמו שאומר בגזלן · אלא ודאי מסתמא שלא נתחייב לשומרו מהיזק שאינו ניכר כדפרישנא והואיל וכן אין לו להתחייב במה שיאבדיהו אח"כ בידים וא"כ אפילו לא החזירו שומר לבעליו פטור הוא כיון שנגמר דינו ולא נתחייב על מה שנאסר בגמר דין · והא דנקט רבי יעקב אפילו משנגמר דינו החזירו מוחזר שלא החזירו נמי פטור כדפירשתי והחזירו לאו דוקא אלא איידי דנקטי רבנן החזירו נקט נמי איהו האי לישנא והוחק הוא אבל ע"כ צריך לפרש מטעם שפירשתי והבאת הא דתניא בפרק ד' וה' וחייבין להחזיר דמי שור לבעליו יהי' דלא כר' יעקב ואע"פ שגזלן חמור לענין זה להתחייב להחזיר לאחר גמר דין יותר משומר עכ"ל · ומפני קוצר דעתי איני מבין את דבריו · דהא בכתובות (דף ל"ד ע"א) פריך הגמרא אמאי דאיתא בברייתא דלר' מאיר אם גנב שור הנסקל וטבחו

מבעלים

משלם תשלומי ארבעה וחמשה · ופריך הגמרא שור הנסקל לאו דידיה הוא דקא טבח אמר רבה הכא במאי עסקינן כגון שמסרו לשומר והזיק בבית שומר · ונגמר דינו בבית שומר וגנבו גנב מבית שומר ור"מ סבר לה כר' יעקב וסבר לה כר' שמעון סבר לה כר' יעקב דאמר אף משנגמר דינו החזירו שומר לבעליו מוחזר וסבר לה כר' שמעון דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי ופירש"י ע"ז בד"ה כממון דמי והאי נמי אע"ג דלא שוה מידי גורם לממון הוא · דכי ליתא בעי לשלומי ליה תורא מעליא וכו' עכ"ל רש"י · הרי מוכח בהדיא מכאן דאף גבי שומר אם אירע בדבר שצריך לשמור היזק שאינו ניכר שנאסר בהנאה כגון שור הנסקל או כדומה לזה · אע"ג שהשור בעין יכול לומר הרי שלך לפניך מ"מ היכא דליתא חייב לשלם דמי תורא מעליא (ובעת אין לי לתרץ דברי השיטה מקובלת ולכאורה קושיא עצומה היא ונלאיתי לחפש בדברי האחרונים אולי אמצא מקום לתרץ דברי השיטה מקובלת · ולא מצאתי שום דבר) · וגם סברת השיטה מקובלת אינו מובן · שכתב לחלק בין גזלן לשומר דגזלן מחויב בהשבה · לכן אם מתה הבהמה לאחר שנאסר בהנאה חייב לשלם דמי מעליא · משא"כ בשומר כיון דלא קבל שמירה מהיזק שאינו ניכר · ויש לפרש דבריו על שתי פנים · דגזלן מחויב בהשבה אף אם נאסר בהנאה · אבל שומר אף דהוא ג"כ מחויב להשיב הדבר שניתן לו לשמור מ"מ כיון דלא קיבל שמירה מהיזק שאינו ניכר אינו מחויב בהשבה אם נעשית בדבר שצריך לשמור היזק שאינו ניכר כגון שנאסר בהנאה · או יכולים לפרש דשומר אינו מחויב בהשבה כלל כמו שכתב הקצות החושן בכמה דוכתי ואחד מהם בסימן ש"מ ס"ק ד' דכל היכא דאיתא ברשות בעלים הוא והבעלים מחזירים על בנסם · ונ"ל דודאי אופן הב' ביכולין לפרש דברי השיטה מקובלת כבר כתבתי בסוף כפתור שלישי דשומר ג"כ מחויב בהשבה ואינו מובן לי ראייתו של קצות החושן ואדרבה הבאתי ראי' מהגמרא שהשומר ג"כ מחויב בהשבה וגם האופן א' שפרשתי דברי השיטה מקובלת לפי קוצר דעתי איני מבין סברתו מתרי טעמי · חדא דגבי גזלן נמי נימא הכי דכיון דיכול לומר הרי שלך לפניך בהיזק שאינו ניכר אינו מחויב בהשבה · אם נעשה היזק שאינו ניכר כמו גבי שומר · שנית דלפי פי' א' אינו מובן · דהא לא דברו הבעה"ב עם השומרים זה עם זה מאומה רק בסתמא אמרינן שלא קיבל עליו שמירה מהיזק שאינו ניכר ויש דברים שאף אם יש בהם היזק שאינו ניכר ג"כ הם שוים לבעלים מידי כגון בהמה שנעבדה בה עבירה ע"פ עד אחד או ע"פ בעלים עיין בתמורה (דף כ"ח ע"א) · דאף שנפסלת הבהמה למזבח מ"מ מותרת באכילה וכשנעשה היזק שאינו ניכר כזה ודאי שוה להבעלים איזה סך · ומחויב השומר להחזירה וכיון דלא דברו זה עם זה בודאי נתחייב השומר בהשבה בכל אופן שיהי' בין אם יהי' שוה אח"כ או לא יהיה שוה מידי דשומר מן הסתם מחויב בהשבה אף אם לא נתחייב בהשבה · ומשעבד השומר תיכף נכסיו ע"ז אף למ"ד דלא נתחייב באונסין עד שעה שיארע אונס כמו שכתבתי לעיל בסוף כפתור שלישי · וכיון דבשעת השיעבוד של הנכסים של השומר שישיב לבעלים לא הי' בו ההיזק שאינו ניכר לכן צריך לשלם דמים מעליא אם מתה הבהמה לאחר שנולד בה ההיזק שאינו ניכר כמו גבי גזלן · נחזור לדברינו שאם קיבל עליו השומר שמירה מהיזק שאינו ניכר חייב השומר לשלם אם יארע בדבר שצריך לשמור היזק שאינו ניכר וכבר הבאתי ראיה לזה מגמרא באות א' ובעת אביא ג"כ ראיה מיבמות (דף מ"ו) כי הא דמנימין עבדיה דרב אשי בעי לאטבוליה מסריה ניהלייהו לרבינא ולרב אחא בריה דרבא אמר להו חזו דמינייכו קבעית ליה רמו ליה אריסא בצואריה ארפו ליה ואמצו ליה ארפו ליה כי היכי דלא נהוי הילכה נמצו ליה כי היכי דלא ליקדם ולימא להו לשם בן חורין אני טובל · בהדי דדלו רישא ממיא אנחו ליה זולטא דטינא ארישיה · ואמרו ליה זיל אמטי לבי מרך ופירש"י בד"ה מנייכו קבעינא ליה אם יקדים ויאמר לשם בן חורין עכ"ל רש"י · ולפי מה שהבין הבית יוסף ביו"ד סימן רס"ז דהא אטביל עבדיה של חבירו דהוא פטור שלא הזיקו כלום ע"ש · א"כ היכא שפשע השליח וקדם העבד ואמר לשם בן חורין דהוי היזק שאינו ניכר דפטור מלשלם · אלא ודאי כיון דאמר להו לרבינא ולרב אחא דקבלו על עצמם לטבול עבדיה דרב אשי חזו דמינייכו קבעית ליה קבלו על עצמם לשמור גם מהיזק שאינו ניכר · לכן אם לא שמרו כראוי שהקדים ואמר העבד לשם בן חורין חייבין לשלם · לאחר שעלה ברעיוני להביא הראיה מיבמות הנ"ל ולא גמרתי כלבי הראיה ראיתי לרבינו בעל מחנה אפרים בהלכות שומרים סימן א' שהביא ראיה לדבריו מהגמרא דיבמות הנ"ל :

פרח ו אות ג

וז"ל הרבינו מחנה אפרים בהלכות שומרים סימן א' · במאי דקי"ל דעבדים וקרקעות והקדשות נתמעטו מדין השומרים · נ"ל דהיינו דוקא בסתמא · אבל אם התנה וקבל עליו שאם יפשע ישלם ה"ז חייב כיון שעל פיו סמך והפסיד · והביא ראיה לזה מגמרא דיבמות הנ"ל כמו שכתובה אצלינו בסוף אות ב' דחייב לשלם אם התנה בפירוש בעבדים וקרקעות וכו' שאם יפשע ישלם · אך הקשה אח"כ א"כ אמאי אצטריך תלמודא בפרק הזהב לאוקמי מתניתין דהשוכר את הפועל לשמור את התינוק כשקנו מידו · כי לא קנו נמי כל שהתנה וקבל עליו לשלם הרי זה מתחייב · ותירץ דלפי מה שכתב מקודם דהתנאי אינו מהני רק בפשיעה שאז אם התנה שיהיה חייב באחריות פשיעה מועיל ג"כ בעבדים וקרקעות וכו' שיהיה השומר צריך לשלם אבל לחייבו בגניבה בקרקעות ועבדים וכו' אם התנה בפירוש שהשומר מקבל אחריות על זה אינו מועיל ופטור השומר מלשלם וכן באבידה : לפי זה ניחא דהתם צריך הקנין כדי לחייבו אפילו בגניבה ואבידה ולפענ"ד תירוצו אינו מספיק לכל הדיעות · דמתחילה צריכין להבין הסברא מפני מה מועיל התנאי לחייב את השומר בפשיעה בעבדים וקרקעות · אף שכתב הבעל מחנה אפרים הטעם שהוא מחמת שפשיעה הוי כמו גרמא בנזקין ואסור · מ"מ צריכין להבין אמאי צריך לשלם · אף שהביא ראי' מבוררת שם מב"מ (דף ע"ג ע"ב) אמר ר' חמי האי מאן דיהיב זוזי לחבריה וכו' דגם בשארי דוכתי אם בפירוש התנה שיהי' חייב לשלם אם יגרום היזק אף שגרמא בניזקין רק אסור · כגון מבעל כיסו של חבירו ופטור מלשלם · ומ"מ אם התנה צריך לשלם ע"ש בדבריו כי האריך · אך עדיין טעמו אינו מספיק לנו לפי קוצר דעתינו אף שגרמא בנזקין אסור · מ"מ אמאי צריך לשלם הא קיי"ל דגרמא בנזקין אין צריך לשלם ומאי מועיל התנאי שהתנה · אף שנוכל להוציא מדבריו איזה טעם מ"מ לפי דברי שאבאר לקמן יובן שאין ממש בהטעם הזה ואנכי קצרתי :

וקודם שאברר טעמו של דבר אחקור איזה דין · והוא אף ששומר חנם אינו חייב לשלם רק בפשיעה · אם הוא מחויב לשמור אף מגניבה ואבידה אלא שאין צריך לשלם אם נגנב או נאבד · או דילמא שאינו מחויב לשמור רק מפשיעה ואינו צריך לשמור מגניבה ואבידה · כי ע"ז לא נעשה שומר כלל והוי בזה כאינש דעלמא · ומתוך הדברים שיובן לנו הטעם של רבינו מחנה אפרים יופשט גם דין זה · דנ"ל דטעמא של דבר של דין רבינו מחנה אפרים היא כך · לפי מה דכתב הרשב"ם בב"ב (דף ס"ז ע"א) ד"ה כיון שהחזיק וכו' וכדמפרש בפ"ק דקדושין (דף כ"ז) שנתן לו דמי כולן דכיון דקבל המוכר כל הדמים של עשר השדות הרי אישתעביד כולהו ללוקח בשביל מעותיו שנתן לו · ודינן בחזקת אחת מהן · וכדמפרש טעמא בב"ק דסברא דארעא חד הוא · כל השדות אדיקון בגוף הקרקע של עולם שהיא אחד · וכמו שהחזיק בכולה דמי · והא דאמרינן בחזקת הבתים (דף נ"ג) שני שדות ומיצר אחד ביניהן החזיק באחת מהן לא קנה חבירתה · לא תקשי לשמואל דהתם בנכסי הגר קאי · דממילא

קא

קא קני בלא מתן דמים הלכך לא קנה אלא אותה שהחזיק וכו' עכ"ל · ועיין שם (בדף כ"ג ע"ב) בהרשב"ם ד"ה אותה קנה לבד וכו' · משמע מזה היכא דאית ליה קלא שיעבוד על איזה דבר נוהה לקנות בקנין כל דהו · וכן כתב הבעל מחנה אפרים בקנין חצר סימן ו"ו דשותפים כיון דיש לכל אחד מהם רשות בחצר לאשתמושי · ביה בדיבור בלבד יכול להקנותו ע"ש ורואיתי זאת הסברא בשיטה מקובצת לב"ב · וכמדומה שהוא בפרק המוכר את הספינה · לכן מובן דברי הרבינו בעל מחנה אפרים בהלכות שומרים הנ"ל כיון דקיי"ל דגרמא בנזקין אסור כדאיתא בפרק לא יחפור (דף כ"ב) אמר רב טובי בר מתנא זאת אומרת גרמא בנזקין אסור · ובודאי אם בא לצאת ידי שמים לפטור א"ע מן האיסור שגרם היזק לחבירו צריך לשלם · וכיון שכן יש קלא חיוב עליו אם פשע השומר בעבדים וקרקעות שמסר לו לשמור דהוי כגרמא בנזקין כדכתב הבעל מחנה אפרים שם · משום זה יוכל לשעבד א"ע בדברים שיהי' השומר מחויב לשלם אם יפשע וכן במבטל כיסו של חבירו ג"כ חייב אם התנה בפירוש שישלם לו אם יבטל כיסו לפי דברי הראשונים שהביאם הבעל מחנה אפרים שם והוכחתם מפרק הריבית (דף ע"ג) הנ"ל ואף שכתב בשיטה מקובצת בריש פרק הכונס (בדף נ"ו ע"א) ד"ה האשה וכו' · והרבה כיוצא באלו שהוא גרמא ופטור · אלא שיש מהם שהוא פטור אף בדיני שמים והוא שאין כוונתו כלל להזיק · כי הוא יודע תעלומות לב עכ"ל · וה"נ בשומר שלא שמר מפשיעה מן הסתם אין כוונתו להזיק רק שהי' מתעצל בשמירתו · לפ"ז אף לצאת ידי שמים אינו מחויב לשלם אם לא שמר מפשיעה · אבל נ"ל מה שכתב השטה מקובצת הסברא הוא דוקא בשארי דוכתי אבל בשומרים כיון דהתורה חייבתם לשלם מה שבשארי דוכתי פטור דאף שומר חנם שמחויב לשלם בפשיעה הוא רק גרמא בנזקין ובשארי דוכתי אינו חייב לשלם בדיני אדם בגרמא בנזקין · מכל שכן שומר שכר מגניבה ואבידה שפטור בשארי דוכתי והכא חייבתו תורה לשלם בדיני אדם · גם בדיני שמים יש לחלק בין דיני שארי דוכתי ובין דיני שומרים · דבשומרים אף אם אין מתכוון להזיק מ"מ חייב בדיני שמים וכן נראה מתשובות הריטב"א הביאו מרן הבית יוסף בסימן כ"ו וז"ל דקאמר דפושע מזיק הוא וחייב בלא מדין שומר · הא ליתא דפשיעה גרמא בנזקין הוא שהוא פטור מדיני אדם אלא שהתורה חייבה שומרים בפשיעה מפני שסמך עליהם בעל הפיקדון והבטיחו שומר לשמרו עכ"ל · והובא דבריו במחנה אפרים שם · וא"כ לפי דבריו אם נימא דצריך השומר חנם לשמור גם מגניבה ואבידה · רק דפטור מלשלם בדיני אדם הא לצאת ידי שמים חייב כיון שצריך גם השומר חנם לשמור מגניבה ואבידה · שסמך עליהם בעל הפיקדון שקבל עליו השומר לשמור · כמו שמבואר בריטב"א הנ"ל הסברא הזאת · לפ"ז אם התנה השומר חנם בפירוש שמקבל עליו אחריות בגניבה ואבידה מחויב לשלם · כמו שכתב הבעל מחנה אפרים אם קבל עליו אחריות בפירוש חייב בפשיעה · ולפ"ז לא יובנו דבריו של הבעל מחנה אפרים דמתרץ קך דפרק הזהב דהתם צריך לקנין כדי לחייב אף בגניבה ואבידה · ואין התנאי מועיל כדי לחייבו אלא כי פשע בהם השומר דהוי גרמא בנזקין · אבל לחייבו בגניבה ואבידה אין מועיל התנאי · ומוכרחים לומר דשומר חנם כמו דאין צריך לשלם בגניבה ואבידה הוא הדין דאין צריך לשמור מגניבה ואבידה וכן משמע ממה שכתבו התוס' בב"מ (דף נ"ג ע"ב) ד"ה אי הכי וכו' דאין לנו לומר שודאי שומר חנם לא ישמור מגניבה ואבידה רק מפשיעה והוי ליה תחילתו בכעין גניבה ואבידה · אלא סתם בן דעת רגיל לשמור הרבה אפי' מדברים שאינו חייב וכו' עכ"ל · הרי כתבו דסתם בן דעת רגיל לשמור הרבה אפילו מדברים שאינם חייבים · אבל מצד הדין פטור לשמור מדבר שאינו חייב · וגם אם נימא דצריך השומר לשמור מהכל אך דאין צריך לשלם רק כמו שכתוב בתורה כל אחד ואחד לפי דינו · לא הוה תחילתו בכעין גניבה ואבידה אם מסר שומר שכר לשומר חנם כיון דגם השומר חנם צריך לשמור גם מגניבה ואבידה · ואך רצו התוס' מתחילה לומר דשומר שכר שמסר לשומר חנם דהוי תחילתו בכעין גניבה ואבידה · אלא ודאי דאין השומר חנם צריך לשמור מגניבה ואבידה · אלא כל שומר ושומר אין צריך לשמור רק על מה שחייבתו התורה לשלם ומפני זה דברי הרבינו בעל מחנה אפרים נכונים שמה דאף אם קבל עליו בפירוש אחריות גניבה ואבידה בעבדים וקרקעות אינו צריך לשלם · כיון דאין צריך לשמור מה שפטרה התורה לשלם :

אך עדיין צריכין לבאר דהתינח בשלא קבל עליו לשמור מגניבה ואבידה אבל היכא שקבל עליו אחריות בפירוש מגניבה ואבדה בעבדים וקרקעות · ומכל שכן שומר שכר שמקבל עליו בפירוש אחריות מגניבה ואבידה בעבדים וקרקעות · בודאי מחויב לשמור אותם דעל פיו סמך בעל הפיקדון על מה שהבטיחו השומר לשמרו כדכתב תשובות הריטב"א הנ"ל זאת הסברא · ולפ"ז הוא כשאר גרמא בנזקין כמו שכתבתי לעיל · וא"כ הוה ליה לחייבו בגניבה ואבידה בעבדים וקרקעות ושטרות כיון שקבל עליו בפירוש אחריות הזה ועל פיו סמך · אך מ"מ ניחא דברי הרבינו בעל מחנה אפרים · דנוכל לומר כמו שמיעטה התורה בשמירתם דאינו צריך לשלם · ה"נ מיעטה התורה בשמירתם שלא יהיה מחויב לשלם אף מדיני שמים · כיון דבשארי דוכתי לא מיקרי גניבה ואבידה אפי' גרמא בנזקין · רק בשומרים מצינו שחייבה התורה אף לשלם בגניבה ואבידה בשומר שכר · ולכן כיון דגזירת הכתוב למעט בשמירתם בעבדים · לכן פטור אף מדיני שמים בגניבה ואבידה אף שקבל עליו אחריות בפירוש מגניבה ואבידה · כיון דהוציאה התורה עבדים וקרקעות וכו' שלא יהי' בדיני שומרים · מה שא"כ בפשיעה שזה הוי גרמא בנזקין בשארי דוכתי ולא בדיני שומרים בלבד · אף דמיעטה התורה בשמירת עבדים וקרקעות מצד גזירת הכתוב הוא רק שלא יהי' בכלל דיני שמירה · אבל לא הוציאן הכתוב ממה שבשארי דוכתי מיקרי ג"כ גרמא בנזקין · אלא דשוין שמירת עבדים וקרקעות כמו שארי דוכתי · ומה שמיקרי גרמא בנזקין בשארי דוכתי מיקרי ג"כ גרמא בנזקין בשמירת עבדים וקרקעות · ומשום הכי שפיר כתב הרבינו בעל מחנה אפרים שאין מועיל קבלת אחריות בפירוש בעבדים וקרקעות רק לחייבן בפשיעה · אבל לא לחייבן בגניבה ואבידה :

אך לפי דברינו אלו שיישבנו דברי הרבינו בעל מחנה אפרים · נפתחה לנו שערי בינה · דאינו עולה רק לפי דעת הרשב"א בקדושין (דף ח) ד"ה הא דתניא וכו' אבל אמרה לו תנהו לכלב שאינו שלה והתקדש אני לך והניחיהו על הסלע שאינה שלה אעפ"י שאמרה והתקדש אני לך אי נמי השלך מנה לים והתקדש אני לך אינה מקודשת · לפי שלא קבלה ממנו היא כדי שתתקדש מחמת הנאה דמטי לה מיניה · ולא מדין ערבות דאין דין ערבות אלא למי שנותן לבר זכי' על דבורה לפי שהערב אינו מתחייב אלא מפני זכות הלוה משאמרה תן מנה לפלוני והתקדש אני לך אע"פ שהמקבל אינו מתחייב עליו בכלום דהא מתנה היא דקבקיל · מ"מ היא מתקדשת בו באותה הנאה הבאה לאותו בן זכי' בדבורה · אבל כשהמקבל אינו בר זכי' אין כאן דין ערבות וכו' עכ"ל · והביא ראי' לזה מירושלמי ע"ש שהאריך מאד · ולפ"ז מה שחייבה התורה בשומרים לשלם כל אחד ואחד לפי דינו אינו מצד ערבות דנימא קל וחומר · ומה היכא דלא נכנס הממון ברשותו של הערב אלא ברשות אחר מחויב מדין ערבות · קל וחומר הכא שהוציא ממון ע"י פיהם של השומרים מרשותו לרשותם · והאמין אותם שישמרו כפי מה שחייבתם התורה כל אחד ואחד לפי דינו · ולכן לא מצד גזירת הכתוב חייבה התורה בשומרים מה שבשארי דוכתי פטורים בפשיעות כאלו · אלא מצד הדין הוא כמו בשארי דוכתי · דלפי דברי הרשב"א לא נוכל לומר הכי · דהא השומר קבל עליו ערבות שישמריהו שלא יארע בהם היזק · ואם יארע בדבר השמור איזה היזק אין הנאה בה לבר זכי' · רק אבודים מן העולם · לכן לא נוכל לחייב את השומרים מדין ערב · ומה שחייבתה התורה בשומרים

הוא רק מצד גזירת הכתוב · אף דפטור בשארי דוכתי בתביעות כאלו · ולפי דעת הרשב"א ניחא דברי רבינו בעל מחנה אפרים מה שפטר עבדים וקרקעות בגניבה ואבידה אף אם קבל עליו בפירוש דכיון דהוציאה התורה עבדים וקרקעות מדיני שמירה רק שוין המה כמו בשארי דוכתי לכן פטורים אף אם קיבל עליו אחריות בפירוש מגניבה ואבידה בעבדים וקרקעות · דכיון דמה שחייבה התורה בדיני שומרים במטלטלים בגניבה ואבידה הוא רק מצד גזירת הכתוב · ועבדים וכו' הוציאה התורה בפירוש מגזירת הכתוב הזה · אבל לפי דברי רמב"ן הובא דבריו בר"ן שם בביאוריו לרב אלפס וגם הובא דבריו בא"ע סימן ל' סעיף י"א ברמ"א שספק קדושין הוא אם אמרה תן מנה לפלוני או תן דינר על הסלע והתקדש אני לך · דאולי הלכה כרמב"ן וסייעתו דדינו כאמרה תן דינר לפלוני דמקודשת מדין ערב כדאיתא בגמרא שם (בדף ז' ע"א) ומבואר שם בר"ן דלא תקשה מפרק השואל (דף צ"ט) אמר לו השאילני פרתך אמר לו כיד מי הכישה במקל והיא תבוא ואמר רב עלה דכיון שילתה מרשות משאיל שעה אחת ומתה חייב · ושמואל פליג עליה ואמר דפטור · משמע התם דרב אסי קאי כשמואל ופסקו הרב אלפסי ז"ל והרמב"ם ז"ל כשמואל דפטור · אלמא דאע"ג דאמר ליה הכישה במקל והיא תבוא לא מחייב מדין ערב · ותירץ דהתם היינו טעמא משום דלא אמר ליה בהדי' והתחייב אני לך · הלכך מסתמא לא מחייב עד שמתחייב שואל בעלמא דהיינו משנכנסה ברשותו · אבל היכא דאמר בהדי' והתחייב אני לך לכו"ע מחייב מדין ערב · אי נמי יש לומר התם משום דבידו של משאיל להשדורה ונמצא שלא הוציא ממון על פיו · אבל זרוק מנה ליה והתחייב או התקדש אני לך מתחייב ומתקדשת מדין ערב שעל פיו הוציא וכו' עכ"ל · הרי חזינן דמדמה הר"ן חיובים של שואל לדין ערב לשני התירוצים כדמוכח בהדי' בדבריו · וגם בב"מ (דף צ"ד ע"א) איתא בזה הלשון · מתנה שומר חנם להיות כשואל במאי בדברים · אמר שמואל וכו' ור' יוחנן אמר אפי' תימא בשלא קנו מידו בההיא הנאה דקא נפק ליה קלא דאינש מהימנא הוא גמר ומשעבד נפשיה · וכהאי גונא איתא גבי ערב בב"ב (דף קע"ג ע"ב) א"ל רב אשי לאמימר הא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קני' וערב משתעבד · אלא אמר רב אשי בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה וכו' · וכיון דהגמרא אמרה חד טעם גבי שומרים וגבי ערב בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה · מוכח מזה דחיוב השומרים הוא מדין ערב · וכיון דלפי שיטת הרמב"ן וסייעתו מה שמחויב השואל לשלם אם נאנסה הוא מדין ערב אף שלא גרם האונס · מכל שכן גבי שומר שכר שחייב בגניבה ואבידה דהוא גרם יותר שיגנב או שיאבד משואל שתאנס · בודאי שיעבודו מה שמחויב לשלם אם יגנב או אם יאבד הוא מדין ערב · ולפ"ז לא נוכל לומר כפי מה שישבנו דברי רבינו בעל מחנה אפרים דמשום הכי לא מחייב שומר שכר בגניבה ואבידה גבי הקדש ועבדים וכו' אף אם קיבל עליו אחריות בפירוש שישלם · ובזה מתרץ הקושי' שלו דלא תקשה לפי מה שהוכיח בראיותיו דאם קבל עליו השומר חנם בעבדים והקדשות וכו' שיתחייב לשלם אם יפשע שמחויב לשלם וביארתי את דבריו טעם הדבר לחלק בין קבלת אחריות דפשיעה ובין קבלת אחריות דגניבה ואבידה · דבשארי דוכתי לא מצינו גבי אינש דעלמא שאינו שומר שאם גרם שיגנב או יאבד יהי' מיקרי גרמא בנזקין · מה שאין כן בפשיעה דמיקרי גרמא בנזקין ואסור גם בשאר דוכתי אף באינש דעלמא שאינו שומר והתורה לא מיעטה עבדים והקדשות וכו' רק מדיני שמירה · אבל מה שאסור בשארי דוכתי אסור גם כן בעבדים והקדשות וכו' : ולפי שיטת הרמב"ן וסייעתו לא נוכל לומר כן · דהא שיעבודו דערב איתא ג"כ בשארי דוכתי · ואפ"ה מיעטה התורה בשמירת עבדים והקדשות וכו' שיהיה פטורים מלשלם דנתמעטו מדין ערב · ולפ"ז אם נאמר כדברי הבעל מחנה אפרים דשומר חנם אם קבל עליו אחריות בפירוש שלא יפשע חייב לשלם · ה"נ גבי שומר שכר אם קבל עליו אחריות בפירוש מגניבה ואבידה בעבדים והקדשות ג"כ יהי' מחויב לשלם דאין שום טעם לחלק ביניהם לשיטת הרמב"ן וסייעתו דשיעבוד של כל השומרים הוא רק מדין ערב ושיעבודו של ערב איתא בשארי דוכתי אף לא בדיני שומרים · ולפ"ז ישאר קושית רבינו בעל מחנה אפרים על גמרא דב"מ (דף נ"ח) הנ"ל אמאי לא משני הגמרא דמשום הכי איתא בברייתא שמחויב השומר לשלם בהקדשות דמיירי שקבל עליו השומר אחריות בפירוש · וכיון דלשיטת הרמב"ן וסייעתו מוכח מב"מ (דף נ"ח) שלא כדבריו אף דלפי שיטת הרשב"א וסייעתו יכולים לתרץ את דבריו הקדושים · מ"מ לא פליגי בזה הדין הרמב"ן וסייעתו עם הרשב"א וסייעתו · וכי היכי דלהרמב"ן וסייעתו צריכין להבין את דינו שלא יקשה עליו מב"מ (דף נ"ח) הנ"ל כמו כן גם להרשב"א וסייעתו נ"ל דאם יסכימו רבותי עמי ג"כ אין הדין כמו שכתב הרבינו בעל מחנה אפרים · אלא הדין דאף שומר חנם אם קבל עליו אחריות בפירוש שלא יפשע · מ"מ פטור מלשלם :

ומה שהביא ראיה מפרק הריבית (דף ע"ג) נראה לי אף דמוכח מהתם דגרמא בניזקין כיון שאסור אם קבל עליו בפירוש שיהיה מחויב לשלם · מועיל התנאי הזה שמחויב לשלם כפי תנאו · מ"מ בעבדים ושטרות וכו' · כיון דמיעטה התורה בשמירתם שפטורים השומרים מלשלם אף דחייבים בעלמא · דהוי כמו שמיעטה התורה בפירוש דליכא גבייהו שיעבודא דערב · ולכן אף אם קבלו עליהם בפירוש אחריות בעבדים ושטרות וכו' פטורים מלשלם אף דחייבין בעלמא · דמה שמחוייבים השומרים לשלם במטלטלין · הוא רק מדין ערב והכא מיעטה התורה · דליכא גבייהו דין ערב · וכיון שכן אף אם התנו בפירוש פטורין אף מפשיעה · גם מה שהביא ראיה מפרק המקבל (דף ק"ד) לפי דברי הנימוקי יוסף וחידושי הר"ן שם · הכי השני בדעת איני מבין ראיתו כלל · דאף אם נאמר אף אם לא כתב בשטר אם אוביר ולא אעבוד אשלם במיטבא · מ"מ מחויב לשלם אם הובירה דדורשין לשון הדיוט · אין זה ראיה לדבריו שקבלת אחריות מהני גם בקרקעות כדמשני התם דהתם היינו טעמא דדורשין לשון הדיוט ועבדי ליה חכמים כתנאי כתובה דאע"פ שלא נכתב כמו שנכתב דמי · ואף זה בכלל דורש לומר שהיה עושה מנהג הדיוטות עיקר ודן על פיהם כאילו נהגו ע"פ חכמים שכיון שהיה המנהג פשוט וכולן עושין כן · וכל המקבל על דעת כן הוא מקבל הרי הוא כתנאי ב"ד שאע"פ שלא נכתב כמו שנכתב דמיא · ולפיכך אמרו בירושלמי דהדא אמרה דהמבטל שדהו של חבירו חייב לשפותו אע"פ שלא כתב מאחר שכך נהגו עכ"ל חידושי הר"ן וכן הוא בנימוקי יוסף שם · הרי מוכח דהתם הטעם הוא דהוי כמו תנאי ב"ד · שאף שלא נכתב בשטר כמו שנכתב דמי מחמת המנהג שנהגו דבדיני ממונות הולכין ג"כ אחר המנהג · וכן איתא שם דר' יהודה היה דורש לשון הדיוט דתניא רבי יהודה אומר אדם מביא קרבן עשיר על אשתו וכן כל קרבן וקרבן שהיא חייבת וכו' והתם לפי דבריהם של חידושי הר"ן והנימוקי יוסף אף כשלא נכתב הוי כמו שנכתב · וזה לא מצינו בשום מקום שיוכל אדם לחייב א"ע בדברים בעלמא · אלא ודאי דהוי כמו תנאי ב"ד מצד המנהג שנהגו כך והוי כמו שנכתב בפירוש בשטר לפי דבריהם שמשעבד א"ע להביא קרבן עשיר על אשתו וכן כל קרבן וקרבן שהיא חייבת · ולפ"ז איני מבין ראיתו של בעל מחנה אפרים משם כלל · דמשום הכי מחויב לשלם אם הוביר את השדה דהוי כמו שנכתב בשטר מחמת תנאי ב"ד · משא"כ גבי שומר חנם אם קבל עליו אחריות בפירוש שישלם אם יפשע פטור מלשלם שעל זה אין מנהג שיהיה אף שלא נכתב כמו שנכתב דמי שיהיה כמו תנאי ב"ד · וע"ש בירושלמי הנ"ל שמבואר שם דדוקא במה שיש מנהג אמרינן אף שלא נכתב כמו שנכתב דמי · אבל לא אמרינן כן כשאין מנהג :

ומה שהביא עוד ראיה הרבינו בעל מחנה אפרים מפרק השולח (דף מ"ו) דהוכיח מהתם דהא לא שמרו רב הונא

הונא ורב אחא את העבד שלא יקדים ויאמר לשם בן חורין אני טובל שמחייבין לשלם · ומזה הוכיח דהדין בקרקעות ועבדים וכו' אם קבל עליו אחריות בפירוש שלא ישבע מחויב לשלם עיין בדברינו בסוף אות ב' שהבאתי לשון הגמרא · ולי העני בדעת אין מובן ראיתו דדבריו הקדושים המה נכונים רק לפי דעת הבית יוסף והרשב"א דס"ל דאם מטביל עבדו של חבירו שלא מדעתו דפטור מלשלם · לפ"ז כ"ש היכא דשבע השליח וקדם העבד ואמר לשם בן חורין ג"כ פטור · לפ"ז אמאי אמרינן התם דאם רב הונא ורב אחא לא שמרו העבד שלא יקדים ויאמר לשם בן חורין חייבים לשלם · מוכח מזה דקבלת אחריות בפירוש מהני ע"ש בדבריו ותמוה כדברי הגאון שלו היא לפי דעת הבית יוסף והרשב"א · אבל לפי דעת הרמ"א ביו"ד (סימן רס"ז סעיף ע') ולפי הנראה שהסכימו כל האחרונים שגם דעת הרשב"א דמטביל עבדו של חבירו לשם בן חורין חייב · והא דכתב הרשב"א דפטור הוא בהשיא עצה להעבד שיטבול לשם בן חורין · ונראה דטעמם של הדברים הוא כמו שכתבו התוס' בב"ק (דף מ"ה ע"א) ד"ה שמא וכו' דגבי שור תם דמזיק ברשות שומר אפילו קודם גמר דין אם יחזירנו שומר לבעלים לא יפטור בכך כיון דמזיק על ידי פשיעת שומר ונפל ברשות ניזק להשליט לו מיד · לר"ע להשתעבד בו · ולרבי ישמעאל לגבות מגופו · והוה ליה היזק ניכר שהיא מופשט שנפל לרשות אחרים וכו' עכ"ל · ה"נ כשמטביל עבד חבירו שלא מדעתו לשם בן חורין הוי היזק הניכר · דכיון דיצא העבד מרשות האדון ונפל לרשות עצמו · והוי כמו שסימא את עין עבדו של חבירו · לפ"ז ראייתו של רבינו בעל מחנה אפרים מהך דיבמות הנ"ל אינו מובן לפי דבריהם · דמשו"ה רב הונא ורב אחא אם לא שמרו את העבד שלא יקדים ויאמר לשם בן חורין אני טובל חייבין לשלם · דהא אם היו מטבילין אותו לשם בן חורין חייבין לשלם · כן הדין כשלא שמרו שלא יאמר לשם בן חורין אני טובל חייבין לשלם דהוי כמו שטבלוהו בפירוש לשם בן חורין · דהא אם לא ישמרוהו בודאי יאמר העבד לשם בן חורין אני טובל · משא"כ בפשיעות בשומרים באף אם פשעו לא מיקרי רק גרמא בניזקין ואין חייבין לשלם · רק הוא אסור כמו בשאר גרמא בניזקין כדכתב רבינו בעל מחנה אפרים · משום הכי אף אם קיבל עליו השומר בפירוש אחריות ג"כ פטור · והראיה שהביא רבינו בעל מחנה אפרים מירושלמי רפ"ב דשבועות הראיה הזאת לפי קוצר דעתי איני מכיר אותה · והראיה שהביא מדברי תשובות הריטב"א ג"כ מחמת שנעלמה ממני בעוי החכמה איני מבין אותה כלל וכלל · דזה לשון הריטב"א שהוכיח מינה הרבינו בעל מחנה אפרים דקבלת אחריות בפירוש מועיל לחייבו בפשיעה מדכתב מעתה המפקיד שטרות אצל חבירו אפי' בשטר ולא קבל עליו אחריות בפירוש · וטען שנאנסו או נגנבו ואפי' בפשיעה · הרי הוא נאמן בלא שבועה · ואפי' דרבנן וכו' עכ"ל · והוכיח מזה דקבלת אחריות בפירוש מהני בפשיעה · ולפענ"ד דאדרבה מדברי הריטב"א משמע איפכא · דנהי שכתב ולא קבל עליו אחריות היינו דוקא בשטר כדכתב בהדיא · לפ"ז מוכח מדבריו דאם קיבל עליו אחריות בפירוש בשטר מחויב לשלם · אבל להתחייב א"ע השומר בדברים בעלמא מה שמקבל עליו אחריות מזה לא דיבר הריטב"א כלום · וכיון שלפי קוצר דעתי איני מבין הראיות של בעל מחנה אפרים כלל ואדרבה הוכחתי מדברי הרמב"ן וסייעתו שדעתם ודעת הר"ן בפ"ק דקדושין איפכא · לפ"ז אם יסכימו רבותי עמי נראה לי דאף אם קבל עליו אחריות בפירוש שלא ישבע ג"כ פטור מלשלם · אך מה שסובר רבינו בעל מחנה אפרים דפשיעה מיקרי גרמא בניזקין ואסור אף בעבדים וקרקעות וכו' · באתי כיהודה ועוד לקרא להביא ראיה לדבריו · מב"מ (דף ל' ע"ב) תניא נמי הכי מצא טלית וכו' ראה מים ששוטפין ובאין הרי זה גודר בפניהם אמר רבא לכל אבדת אחיך לרבות אבדת קרקע וכו' · וכ"ל באף בגמרא אינו מבואר רק ראה מים ששוטפים וכו' דאם לא גדר בפניהם יהיה בודאי היזק קרקע · מ"מ כ"ל מדמפרש רבא טעמא דהברייתא מקרא לכל אבדת אחיך לרבות אבדת קרקע · מזה מוכח דשוה אבדת קרקע לאבדת מטלטלין · וכמו דבאבדת מטלטלים מבואר ברמ"א בחו"מ (סימן ר"ס סעיף י') · וז"ל במקום שמשתמר קצת כגון שבילין שבשדות אפי' ספק הניח יש בו סימן נוטל ומכריז · וכתב בביאורי הגר"א שם בש"ק ל"ז היא מתניתין דשם אחר הגפה וכו' וכמו שאמרינן בגמרא מאי טעמא וכו' ופריך שם ולמאי וכו' עכ"ל : לפ"ז גם באבדת קרקע אף אם לא יהיה בודאי אבידה רק אולי יגיע היזק צריך לשומרה שלא יעלה ההיזק · וכיון דקיים דעלמא מחויב לשומרה שלא יארע היזק בהקרקע אף בדרך ספק בעלמא · הוא אולי יגיע היזק מ"מ צריך לשמרה · וזה פחות מגרמא בניזקין בשוא לא שומר הקרקע ומעלים את עיניו · מזה מ"מ מחויב בהשבת אבידה מקרקע · מכל שכן באסור לגרום שיוכל לבוא לידי היזק בהקרקע :

ולפ"ז נוכל לומר דאביי ורבא בכתובות (דף פ' ע"ב) והלכתא בעל שמכר קרקע לפירות לא עשה ולא כלום · מאי טעמא אביי אמר חיישינן שמא תכסוף רבא אמר משום רווח ביתא וכו' אזלי לשיטתיהו מאי דאביי לא ס"ל טעמא דרבא ורבא לא ס"ל טעמא דאביי · דפליגי ג"כ בפרק המפקיד (דף ל"ו ע"א) דאביי סובר דטעמא דמ"ד שומר שמסר לשומר חייב דאמר לי' אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ורבא ס"ל דטעמא דמשום הכי חייב דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן ליה בשבועה ופירשו הראשונים ותוס' שם בד"ה אין והרא"ש שם דאביי דסבירא ליה שומר שמסר לשומר חייב משום דהוי פשיעה · ורבא סובר כיון שמסר לבן דעת לא הוי פשיעה עיין ברא"ש שם סימן ו' · ולפ"ז משום הכי סובר אביי בכתובות דטעם שהבעל שמכר קרקע לפירות לא עשה ולא כלום משום דהוי פשיעה · ופשיעה מקרי גרמא בניזקין ואסור כמו שכתבתי לעיל בשם רבינו בעל מחנה אפרים · וכיון שאסור לאביי למסור לשומר אחר מוציאין מיד השומר השני : אף שכתבתי לעיל בפרח הראשון של כפתור שלישי דאם שואל שאל לאחר אין מוציאין מיד השואל השני היינו דוקא לרבא דס"ל הטעם דשומר שמסר לשומר אחר דחייב משום דאת מהימנת לי וכו' ולא מיחשב אף קצת פשיעה מה שמסר לשומר אחר · ומשו"ה כתבתי לעיל דאין מוציאין מיד השואל השני · דקי"ל כטעמא דרבא · אבל לאביי דמיקרי פשיעה מה שמסר לשומר אחר · ודאי מוציאין אותו מידו · אף הרבינו בעל דברי משפט (סימן קצ"ה ס"ק ב') כתב דלאביי אין מוציאין מיד השואל השני · דבריו אינם מובנים לי כיון דמיקרי פשיעה לאביי מה שמסר לשומר אחר מוציאין אותו מידו : אף דקי"ל דלרבא ג"כ לכתחילה אסור למסור לשומר אחר כדאיתא בגיטין שמביא (דף כ"ט ע"א) דיכול לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר · אך הוא סובר דזה הוא רק לכתחילה כדכתבו הראשונים ואחד מהם עיין ברא"ש שם · מכל מקום אין מוציאין מיד השואל השני לדידיה כיון דזה הקפידא הוא רק בשומרים דהא אף שהשומר השני נאמן יותר מן הראשון · מ"מ אסור לכתחילה למסור לו כמבואר בפוסקים (עיין בחו"מ סימן רל"א סעיף כ"ו) ולא מצינו קפידא כזו בשאר דוכתי · משו"ה אין מוציאין מיד השואל השני מחמת קפידא מועטת כזו · וגם ממקומו מוכרע דמטעם שאין רצוני וכו' אינו מחייב רבא לשלם את השומר הראשון דקפידא מועטת היא · לכן כתבתי שם דהלכה אין מוציאין מיד השואל השני · משא"כ לאביי · וכיון דלאביי מוציאין מטלטלין מיד השואל השני · הוא הדין בקרקע אם מסר השומר לשומר אחר דהא הוכחתי לעיל דגם בקרקעות אם פשע מקרי גרמא בניזקין ואסור וכיון דאסור מוציאין מיד השני משו"ה מפרש אביי הטעם דאשה מוציאה הקרקע משום שמא תכסוף · אבל רבא כיון דס"ל שומר שמסר לשומר לא מיקרי פשיעה · ומשו"ה אין מוציאין מיד השואל השני כדכתבתי בפרח הראשון של כפתור שלישי באריכות · והבאתי ראיות לזאת · משום זה מפרש טעמא דאשה מוציאה הקרקע משום רווח ביתא דלא חיישינן שמא הלוקח ישביח הקרקע כיון [illegible] :

העולה מדברינו דפשיעה בקרקעות אסור יהיה מזה קצת סיוע לדברי הרמב"ם דס"ל דאם פשע השומר בקרקעות ועבדים וכו' חייב לשלם כיון דהוכחתי דפשיעה אסור בקרקעות כמו במטלטלים: ומה שהקשו הראשונים עליו מב"מ (דף נ"ח) כבר כתבתי לעיל לתרץ בשם רבינו בעל שערי משפט דפריך הגמרא שם · דכיון דאיתא בברייתא דבהקדשות חייב לשלם בהיזק שאינו ניכר מוכח דיש דין שמירה בהקדשות · והוא הדין בעבדים וקרקעות וכו' וכבר הבאתי ראיה לעיל דשומרים חייבים בהיזק שאינו ניכר · אבל לא נוכל לומר דהברייתא ס"ל דלית דין שמירה בהקדשות · ומה דאיתא בברייתא דחייבים לשלם דמיירי בפשיעה לפי שיטת הרמב"ם דחייב בפשיעה בקרקעות והקדשות וכו' דהא היזק שאינו ניכר הוא · ובשאר דוכתי לבד דיני שומרין אינו מחויב לשלם בהיזק שאינו ניכר והארכתי כל זאת בארוכות כפי הצורך · אך לאחר העיון אינו מובן לי תירוצו של רבינו בעל שער המשפט דהא לא מצינו בשום מקום בתורה דשומרים חייבים בהיזק שאינו ניכר · ומנין לחכמים לומר כן שיהיו חייבים לשלם בהיזק שאינו ניכר · ולחלק בין דיני שומרים לשארי דוכתי · דבכל מקום פטורים בהיזק שאינו ניכר · לכן נ"ל דחכמים למדו זאת מדחייבה התורה לשלם בפשיעה לכל השומרים · בודאי חייבים בהיזק שאינו ניכר כיון דפשיעה מקרי גרמא בלבד כמו שכתבתי לעיל · וגרמא בניזקין פטור מלשלם בשארי דוכתי ואפי' הכי חייבה התורה בשומרים · ה"נ ראו חכמים לחייבם לשומרים בהיזק שאינו ניכר אף שפטורים בשארי דוכתי · לפ"ז תירוצו של שער המשפט אינו עולה יפה · דכיון דלהרמב"ם חייב בפשיעה בקרקעות והקדשות וכו' · אף שפטורים בשאר דיני שומרים · ה"נ חייבים השומרים בהיזק שאינו ניכר בקרקעות והקדשות אף שפטורים בשאר דיני שומרים · ולפ"ז נשאר קושית הראשונים מאי פריך הגמרא בב"מ (דף נ"ח) הנ"ל דילמא מיירי הברייתא שהוא גרם בפשיעה מש"ה חייב לשלם · אבל מה שמחויבים השומרים לשלם כל אחד ואחד לפי דינו כגון גניבה ואבידה בשומר שכר פטורים בהקדשות וקרקעות לכן נ"ל לתרץ דברי הרמב"ם כדברי הש"ך בסימן ש"ו ס"ק ק"ו דליכא למימר דמיירי בפשע דא"כ רישא דקתני אין נותנים לו שכר שבת לפיכך אין אחריות שבת עליו וכו' מה בכך שאין נותנים לו שכר שבת · הא שומר חנם מיהא הוי לחייב בפשיעה ומה שנסתפק הש"ך בתירוצו · דכיון דאין נותנים לו שכר שבת הוה ליה כאילו לא קבל עליו שמירת שבת כלל ובשבת הוה ליה כאינש דעלמא · לכאורה אינו מובן דהא הר"ן בנדרים בפירושו לשם על הגמרא (בדף ל"ז) ד"ה לפיכך אם אבדו אינו חייב באחריותן אם נאבדו בשבת דכיון דלא שקיל אגרא בשבתא הוה ליה שומר חנם עכ"ל הרי כתב בהדיא דהוה שומר חנם וכיון דדברי הרמב"ם מתורצים עפ"י דברי הר"ן דבשבת מיהא שומר חנם הוי · לפ"ז נשאר הקושיא שהקשינו בסוף פרק הקודם לפי מה שהעליתי שם דאם נתן לשומר לשמור מטלטלין של הקדש ושל חולין ביחד כשם שחל אחריות השמירה בהמטלטלין של חולין על השומר כל אחד ואחד לפי דינו ה"נ חל אחריות השמירה על המטלטלין של הקדש למה לא מבני הגמרא בב"מ (דף נ"ח) מאי דפריך שם מהברייתא דהשוכר את הפועל וכו' דמוכח מהתם דיש דיני שמירה אף בהקדשות · דנוכל לאמר דלעולם אין דיני שמירה בהקדשות · והתם מיירי שנתן לו גם דבר של חולין לשמור וכיון שחל אחריות השמירה על דבר של חולין ה"נ חל החיוב אחריות על הדבר של הקדש · וזה התירוץ מרומז בברייתא מדנקט השוכר את הפועל עיין בדברינו שם שהארכתי קצת בזה · ולמה מבני הגמרא תירוץ שאינו מרומז בהברייתא כלל · ואין לומר כמש"כ לעיל בארוכות לש' הש"ך בסי' ש"ו הנ"ל דכיון דבשבת לא הוי שומר כלל · הוי כעין שמירה בטעות משום דסבר דיתנו לו גם עבור שמירת שבת · דהא לפ"ד הר"ן הנ"ל וכן סובר הרמב"ם וכמש"כ דבשבת לכל הפחות שומר חנם הוא · ואם נאמר דכל יום ויום שכירות בפני עצמו הוא · למה בשבת הוא שומר חנם הא לא דיבר בעה"ב עם הפועל שישמור בשבת · אלא ודאי כיון דבתחילת השמירה קיבל עליו השומר לשמור כמה ימים שירצה בעה"ב כדכתבתי בסוף פרק הקודם עי"ש דשם מבוארים הדברים בהרחבה קצת · משום זה בשבת לכל הפחות הוי שומר חנם כיון דהברירה ביד בעה"ב שמחויב הפועל לשמור כמה ימים שירצה · וכיון דבתוך הימים שקבל עליו השומר לשמור אחד מן הימים הוא שבת מחויב השומר לשמור · והוי לכל הפחות שומר חנם כדכתב הר"ן הנ"ל · וכיון שכן אין דוחק לאוקמי הברייתא דהשוכר את הפועל הנ"ל · דמיירי שנתן לו ג"כ לשמור מטלטלין של חולין כנ"ל:

ונ"ל לתרץ דהא לכאורה צריכין להבין דברי הר"ן הנ"ל אמאי הוי בשבת שומר חנם הא יכול הפועל לומר דאדעתא דהכי קבל על עצמו לשמור באופן שיתן לו שכר · וכיון דאין נותנין לו שכר שבת אינו רוצה להיות שומר כלל אף שומר חנם בשבת · וצריכין לומר דמשום הכי נקטא הברייתא השוכר את הפועל · דלכאורה מאי שייך לשנא דפועל אצל שמירה · וה"ל למינקט השוכר את האדם לשמור · א"כ צריכין לומר דאי לאו דנקטא הברייתא לישנא דפועל לא הוי בשבת אף שומר חנם כנ"ל · לכן נקטא לישנא דפועל כיון דשכר האדם הזה גם למלאכות אחרות ובכלל הזה שכר אותו שישמור את התינוק וכו' והכי היכי דעל שאר מלאכות אין נותן לו שכר שבת כמובן · כמו כן גבי שמירה לא שכר אותו על שבת שיתן לו שכר עבור השמירה · וכ"ת כמו דבשאר מלאכות אין צריך הפועל לעשות בשבת כלל · ה"נ בשמירה אין צריך לשמור כלל ביום השבת · זה אינו כיון דהדבר שמסר לשמור הוא תחת ידו אף ביום השבת והדבר הזה צריך שמירה ומותר לשמור אף דידוע לו שלא יתנו לו שכר שבת כמו שאין נותנים לו עבור שאר המלאכות · וכיון שכן אין מרומז בברייתא מדנקט השוכר את הפועל דמשום דלא שייך דיני שמירה בהקדש · כי אם כששומר ג"כ דבר של חולין · דהא כתבתי טעם אחר הא דנקטה הברייתא לשנא דפועל וכ"ת כיון דשכר את הפועל גם על דבר של חולין ממילא הוי שומר שכר על הדבר של חולין כדתנן כל האומנין שומרי שכר הן וכו' עי' בב"מ (דף פ' ע"ב) מאי פריך הגמרא מהברייתא דמהתם מוכח דיש דיני שמירה בהקדש · דדלמא אין דיני שמירה בהקדש ומש"ה חייב הפועל באחריות של הקדש · כיון דחל חיוב אחריות על דבר של חולין חל ג"כ חיוב אחריות על דבר של הקדש · אבל גם זה אינו · כיון דכבר כתבתי הטעם מפני מה נקטא הברייתא לשנא דהפועל ממילא לא ידעינן דהוא שומר שכר על הדבר של חולין · דנוכל לומר ששכר את הפועל לרפוק או לחרוש איזה שדה ולא שייך בזה שמחויב הפועל לשמור את השדה · לכן מבני הגמרא דמיירי בשקנו מידו היותר מורגל בבני אדם לעשות אם ירצו שיקיימו הדברים שהותנו ביניהם :

ואף שכתבתי ליישב דברי הרמב"ם באופן אחר ממה שכתב רבינו שער המשפט על פי דברי הר"ן הנ"ל מ"מ מה שכתב בתוך הדברים שמיישב דברי הרמב"ם שהשומר חייב באחריות היזק שאינו ניכר הדין הזה אמת ויציב הוא כדהבאתי לעיל ראיות נכונות לזה עי"ש · ומה שהביא השער המשפט ראי' לדבריו · דשומרים חייבים בהיזק שאינו ניכר והקשה מזה על הש"ך בסימן שס"ג ס"ק ז' שכתב שם דאף בשומרים אמרינן הרי שלך לפניך מהא דכתב הרמ"א ביו"ד סימן שמ"ט סעיף ג' בהג"ה לענין מת בסי' אביו ואמו מזרקים עליו כלים מלוה לאחרים להצילן אם לא נגעו במטה הנקברת עמו שאם נגעו בה נאסרו ואם הצילן חייב בשמירתן ואם החזירם לאביו ולאמו וחזרו וזרקום ונאסרו חייב המחזיר לשלם כזרקן למקום גדודי חיות וליסטים ודברים אלו

הן

כן מדברי המרדכי בפרק הספינה בשם מוהר"ם והטעם מבואר שם דכל מי שרואה ממון חבירו שמוטל במקום שיבוא לאיבוד מצוה להצילו ואם הצילו ומטי לידיה הוי ליה כשומר אבידה בפשע בה ולא שמרה והניחה במקום גדודי חיות וליסטים דחייב לשלם ע"ש באריכות ואי אמרת דאף בשומרים אמרינן הרי שלך לפניך א"כ קשה אמאי חייב כשהחזירם לאביו ולאמו הא קיי"ל גזל חמץ ועבר עליו הפסח ותרומה ונטמאת דאומר לו הרי שלך לפניך כיון דהיזק שאינו ניכר הוא והוא לא הזיקו בידים רק שלא עשה שמירה להתרומה ולא מכר את החמץ לא קנסוהו חז"ל לשלם בכהאי גוונא וא"כ ה"נ בהחזירן לאביו ולאמו אמאי יתחייב לשלם הא זריקת כלים על מטה של מתים הוי היזק שאינו ניכר דמה לי דנגע שרץ בתרומה או שנגע הכלי במת שנאסר וא"כ אמאי חייב לשלם נהי נמי דהוי כשומר אבידה להוי כשומר שלא שמר דבר המופקד והזיק בהיזק שאינו ניכר דאומר לו הרי שלך לפניך לשיטת הש"ך · ולפי מה דקשיא ליה על הש"ך יהי' ג"כ קושיא לפי דברינו דהא דשומרים חייבים בהיזק שאינו ניכר היינו דוקא כשקיבל עליו אחריות בפירוש מהיזק שאינו ניכר אבל בסתמא אינו חייב השומר בהיזק שאינו ניכר עיין בדברינו דלעיל שביארתי זאת באריכות · א"כ קשיא אמאי חייב כשהחזירו לאביו ולאמו והם זרקו הא לא קבל עליו אחריות האיש המחזיר לאביו ולאמו מהיזק שאינו ניכר אך אני אומר דלא קשה על שיטת הש"ך מדברי הרמ"א הנ"ל וגם לדברינו לא יקשה דהש"ך סבירא ליה ג"כ דאם קבל עליו השומר אחריות מהיזק שאינו ניכר חייב ולא יוכל לומר הרי שלך לפניך · ומה שכתב הש"ך דשומרים בהיזק שאינו ניכר יכול לומר הרי שלך לפניך היינו דוקא בסתמא · ולפ"ז לא קשה מהך דרמ"א הנ"ל · דהתם לא קיבל עליו האיש שהחזיר לאביו ולאמו הבגדים שמירה כלל רק התורה עשתה שיהי' שומר דהוי כשומר אבידה וכודאי עשתה התורה שומר שיהי' חייב בהיזק שאינו ניכר משום דהוי כמו קיבל עליו אחריות השומר אבדה מהיזק שאינו ניכר · וכדומה לזה אמרינן בב"ק (דף כ' ע"ב) בהך סוגי' דהאם דר בחצר חבירו שלא מדעתו דס"ל לר' אבהו אמר ר' יוחנן דצריך להעלות לו שכר אמר רב פפא הא דרבי אבהו לאו בפירוש אתמר אלא מכללא אתמר דתנן נטל אבן או קורה של הקדש וכו' ויתיב רבי אבהו קמי דר' יוחנן וקאמר משמיה דשמואל זאת אומרת הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר ושתיק ליה איהו סבר מדשתיק ליה מודה ליה ולא היא אשגוחי לא אשגח ביה כדרבה דאמר רבה הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי וכו' עכ"ל הגמרא · ה"נ גבי שומר אבידה הוה כאילו נעשה שומר מדעת בעל אבידה והוה כאלו התנה שיהי' חייב בהיזק שאינו ניכר · ולפי דברינו יתורץ קושית השער המשפט שם גם על שיטת מהרש"ל דאי אמרת דשומר אבידה מחשב כאחד שומרים לענין זה דאין יכול לומר הרי שלך לפניך א"כ בגזל חמץ ועבר עליו הפסח נמי לא יהא יכול לומר הרי שלך לפניך דכיון דגזל החמץ ואינו בידו של הנגזל להצילו הרי אין לך אבידה גדולה מזו · ואמאי יכול לומר הרי שלך לפניך · אלא ודאי דדוקא בשומר שקיבל עליו השמירה בעצמו חייב בהיזק שאינו ניכר ולא בשומר אבידה ולפ"ז קשה מהך דרמ"א ביו"ד הנ"ל גם על שיטת מהרש"ל זה תורף דבריו ע"ש · ולפי דברינו יתורץ זאת דהגזלן לא עשתה התורה שומר על הגזילה רק הגזלן בעצמו עשה א"ע שומר על הגזילה כדאיתא בכמה דוכתי דגזלן חייב אף באונסין מחמת שהוא גזלה והטעם כתבו התוס' בב"ק (דף נ"ו ע"ב) ד"ה פשיטא וכו' וי"ל וכו' דגם לענין נזקין נכנס הגזלן תחת הבעלים לשמור את השור שלא יזיק מחמת כי אין הבעלים יכולים לשמרו ע"ש · משו"ה אין הגזלן חייב בהיזק שאינו ניכר דהא לא קיבל אחריות מהיזק שאינו ניכר רק היכא שנגזלה מחויב בהשבה ואם מחזיר חמץ שעבר עליו הפסח או תרומה שנטמאת או כדומה לזה אף שנאסר בהנאה קיים מצות השבה כדאיתא בב"ק (דף נ"ח ע"ב) תניא והשיב את הגזילה מה ת"ל אשר גזל יחזיר כעין שגזל מכאן אמרו גזל מטבע ונפסל וכו' תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח וכו' אומר לו הרי שלך לפניך עכ"ל הברייתא · מה שאין כן בשומר אבידה דהוה כאילו קיבל עליו אחריות בפירוש מהיזק שאינו ניכר כדכתבתי לעיל · ומה שהקשה עוד על הש"ך שבסימן שמ"ג הנ"ל מתוס' פרק השולח (דף מ"ב ע"ב) ד"ה בכור וכו' דכתבו בשם ר"ח דהשוכר בהמה מחבירו ונולדה בה כהאי דהדרא חייב לשלם השחת · ואף השוטרים לא פטרו אלא משום דאין שבח בבהמה ומבוארים בני דיעות אלו בטור וש"ע (בסימן ש"ז סעיף י') ותיפוק ליה דפטור משום דאמר ליה הרי שלך לפניך · אלא ודאי דבשומרים לא אמרינן כן · ולפענ"ד נראה לתרץ דברי הש"ך · לפי דברינו דגם הש"ך ס"ל דאם קיבל עליו השומר בפירוש אחריות מהיזק שאינו ניכר דחייב לשלם גם בשוכר בהמה למלאכה · אף שלא קיבל עליו בפירוש אחריות מהיזק שאינו ניכר כגון כהאי דהדרא הוי כאלו קיבל עליו בפירוש · לא מיבעיא לפי מה שכתב הסמ"ע בריש סימן ש"ז דמפני מה שוכר דינו כשומר שכר דאע"ג דיהיב ליה שכר פעולתו · מ"מ בהנאתו שנהנה ממנו נעשה שומר שכר ואי לאו דיהיב שכר ה"ל חייב באונסין כשואל עכ"ל · וכיון דהוי שומר שכר מפני הנאתו של מלאכתו מן הבהמה קיבל עליו שמירה מכחשא דהדרא שלא יוכל לעשות מלאכתו עמה · דמסתמא במה שנהנה על זה קיבל שמירתו · אלא אף למה דנ"ל לפענ"ד טעם אחר מפני מה שוכר דינו כשומר שכר לפי מאי דאיתא בב"מ (דף פ' ע"ב) אי הכי שוכר נמי בההיא הנאה דקא שביק כו"ע ומיגר ליה לדידיה הוה עלויה שומר שכר וכו' ואף דאמרינן בגמרא בלשון אי הכי דמשמע רק לפי הוה אמינא יכול לומר דהטעם דשוכר דינו כשומר שכר משום דקא שבק וכו' · אבל לפי המסקנא אין הטעם מפני זה כי ע"ש בסוגיא דהלשון אי הכי דקאמר בגמרא הוא רק מפני האומנין אבל בשוכר יוכל להיות אף לפי המסקנא טעם זה דמפני מה שוכר דינו כשומר שכר מפני דקא שביק וכו' · אף לדידי ג"כ ניחא · דלא קשה להש"ך מתוס' פרק השולח הנ"ל כיון דסוף סוף נהנה ממלאכת הבהמה מן הסתם קיבל עליו שמירתו במה שנהנה · ולפ"ז במלוה על משכון של חמץ ועבר עליו הפסח יוכל לומר הרי שלך לפניך · דכיון דלא קיבל המלוה עליו בפירוש אחריות מהיזק שאינו ניכר וגם אינו נהנה מגוף החמץ כדכתבו התוס' בב"מ (דף פ' ע"ב) ד"ה דקא תפס וכו' וז"ל דהתם לא אתהני מלוה מידי דאין מרויח במה שהלוה ממה שלא היה מלוה ולא היה משכון עכ"ל · והא דהוי המלוה שומר שכר על המשכון · הוא משום פרוטה דרב יוסף עיין בסוגין שם (בדף פ"ב) :

פרח ו אות ד

אך ראיתי להמגן אברהם (בסימן תמ"ג ס"ק ה') שנסתפק בזה אם המשכון של חמץ שהיה בידו ועבר עליו הפסח צ"ע אם יכול לומר לו הרי שלך לפניך וחייב לפרוע לו מעותיו · או דילמא כיון שהוא פשע דהוה ליה למוכרו הפסיד מעותיו · ולכאורה נראה כיון דמלוה על המשכון דין שומר יש לו ובשומר אומר לו הרי שלך לפניך ה"נ במשכון והלוה צריך לשלם לו וצ"ע עכ"ל · לפענ"ד נראה לפי מה שכתב הריטב"א בחידושיו לקדושין (דף ח' ע"ב) ד"ה איתיביה וכו' מנין לבעל חוב שקונה משכון פי' לענין שאינו נעשה מטלטלין אצל בניו ואין שביעית משמטתו · וה"ה דלא מהני ללוה במחילת החוב עד שיחזיר לו משכונו כדאיתא לקמן בפירקין · וכיון דאית ליה למלוה קנין וזכות במשכון זה מקדש בו את האשה וכו' עכ"ל וכן הוא דעת הרשב"א בחידושיו שם לפי מה שכתוב בקצות החושן (בסימן רמ"ח ס"ק ב') ע"ש · וכן הוא דעת הר"ן אף שלא הזכירו הקצוה"ח דעיין בחידושי הר"ן בגיטין (דף ל"ז) ד"ה שאני משכון וכו' ומדברי ר"ן האלו אינו מובן דברי הקצוה"ח שם דמהדר ליישב דלא תקשה לשיטת הרשב"א

והריטב"א · מהא דאמרינן בפ"ק דקדושין (דף ט"ז ע"א) לימא ליה באפי תרי זיל שמע מינה עבד עברי גופו קנוי · ומשמע דאי לאו דגופו קנוי ואע"ג דהוה ליה משכון מהני מחילה · ומזאת הגמרא הביא המרדכי בפ"ק דסנהדרין דמהני מחילה על החוב שיש עליה משכון · דאדרבה מזאת הגמרא דפ"ק דקדושין הביא ראיה בחידושי הר"ן שם שהמוחל במלוה שיש עליה משכון לא מהני · דמחילה לא מהני בדבר שגופו קנוי מדאמרינן בפירקא קמא דקדושין גבי עבד עברי שטרא למה לי לימא ליה באפי תרי זיל ומהדרינן עבד עברי גופו קנוי וכו' עכ"ל · הרי חזינן בהדיא דאדרבה מביא ראיה לדבריו מהך דפ"ק דקדושין וכן הביא ראיה השיטה מקובצת בב"ק (דף מ"ט ע"ב) ד"ה משכנתא של ישראל בשם הרא"ה דמחילה לא מהניא בחוב שיש עליו משכון מעבד עברי דגופו קנוי מהניא מחילה התם · ולפ"ז אין מן הצורך לתירוץ הקצוה"ח שמתרץ דעת הרשב"א והריטב"א דס"ל דלא מהניא מחילה במלוה שיש עליה משכון דלא תקשה להו מפ"ק דקדושין דאדרבה משם הביאו ראיה לדבריהם כדהביאו הרא"ה והר"ן דס"ל ג"כ כדעת הרשב"א והריטב"א ראיה לדבריהם מפ"ק דקדושין הנ"ל · ואף שכתבו התוס' בב"ק (דף מ"ט ע"ב) ד"ה משכונא וכו' אפי' למ"ד בעל חוב קונה משכון דע"כ אין לו אלא שיעבוד עליו כיון שהיה יכול לפדותו הישראל ולסלקו בדמים וכו' עכ"ל · לכאורה משמע מדבריהם דבעל חוב אין לו קניא בגוף המשכון · אך לאחר העיון נ"ל דהא הרשב"א בחידושיו שם ג"כ כתב כדברי התוס' ע"ש בד"ה כיון וכו' וכבר הבאתי לעיל דברי הרשב"א בקדושין שכתב דלא מהניא מחילה במלוה שיש עליה משכון מטעם דגופו קנוי · ואם נאמר כדמשמע לכאורה מדבריו שבב"ק יהיו סתרי אהדדי · לכן נ"ל דכוונת הרשב"א דהקנין שיש לבעל חוב בגוף המשכון ה"ז כעין שיעבוד · וכמו דאם היה רק שיעבוד על המשכון אם פקע השיעבוד במיתת הגר לא יוכל ישראל אחר לזכות בהמשכון · ה"נ קנין הגוף שיש להגר על המשכון כיון שמת הגר פקע החוב · ואין הישראל צריך לשלם דפקע גוף הקנין שהיה להגר בהמשכון משום דקניניה של הגר במשכון אינו אלא בזמן דאיכא מלוה · וכל היכא דליכא מלוה כיון שמת הגר פקע גוף הקנין שהיה להגר בהמשכון כמו דאם לא היה להגר רק שיעבוד בלחוד על המשכון ולא קנין הגוף · ומה שכתב החידושי הרשב"א שם לב"ק אבל גופו ממש להיותו שלו לא דהא מסתלק בזוזי · דשיעבוד בלחוד הוא דאית ליה עליה כשמת הגר הא פקע שיעבוד וכו' עכ"ל · כוונתו מה שכתב אבל גופו ממש להיותו שלו פי' שיהיה שלו לגמרי דהא מסתלקי בזוזי · נמצא דהקנין הגוף שיש במשכון רק שיעבוד בלחוד הוא כיון דיכול לסלקו בזוזי בעל כרחו של מלוה · וכן נ"ל שזה דעת הר"ן שכתב בביאוריו לרב אלפס בשבת ברים פרק שואל בד"ה ומ"מ אפילו לדברי מי שפוסק דלא נתנה לתבוע אי תפיס מלוה לא מפקו מיניה וכו' ולא עוד אלא דאי אזיל איהו ותפיס מידי מיניה דמלוה מפקו מיניה דלוה ויהבו ליה למלוה דהשתא לאו הלואת יו"ט הוא דמגבי · אלא גזילה הוא דמפקו · ומיהו היכא דלא תפס מלוה זוזי אלא משכון והדר לוה ותפיס ההוא משכון גופיה לא מפקו מיניה דהא לא קניה מלוה לגמרי וכי הדר תפיס ליה לוה דידיה קא תפיס הלכך אי מפקו ליה מיד לוה הלואת יו"ט היא דמגבינן עד כאן לשונו · ולכאורה סותר דברי עצמו ממה שכתב בחידושיו לגיטין דלא מהניא מחילה במלוה שיש עליה משכון משום דגופו קנוי להמלוה כמו גבי עבד עברי · ובעבד עברי אמרינן בב"ק (דף קי"ג ע"א) והתניא אמר ר' שמעון דבר זה דרש ר"ע כשבא מזפירין מנין לגזל נכרי שהוא אסור ת"ל אחרי נמכר גאולה תהיה לו שלא ימשכנו ויצא יכול יגלום עליו ת"ל וחשב עם קונהו וכו' אמר רב יוסף וכו' · אלא אמר רבא לא קשיא כאן בגזילו וכאן בהפקעת הלוואתו ה"ל אביי עבד עברי הפקעת הלוואתו הוא רבא לטעמיה דאמר רבא עבד עברי גופו קנוי וכו' עכ"ל הגמרא · הרי מוכח מהתם דבעבד עברי אם יגלום עליו ויוציאנו בעל כרחו של בעה"ב מיקרי גזל · לפ"ז כיון דמדמה חידושי הר"ן בגיטין משכון לעבד עברי כי היכי דבע"ע אם משכו בעל כרחו דבעה"ב מיקרי גזל · ה"נ במשכון אם תפש הלוה משכונו שהיה ביד המלוה מיקרי ג"כ גזל ואמאי כתב הר"ן בביאוריו לרב אלפס בשבת דאם תפש הלוה המשכון שהיה ביד המלוה לא מפקו מיניה ואמאי לא מפקו מיניה כיון דגזילה הוא ביד הלוה המשכון דתפש מיד המלוה כמו שכתב הר"ן גבי זוזי דמפקו מיניה דגזילה הוא דמפקו · לכן נ"ל דכוונת הר"ן מה שכתב בחידושיו לגיטין דבעל חוב יש לו קניה בגוף המשכון כמו דאמרינן בעבד עברי דגופו קנוי אין כוונתו שדומה ממש לעבד עברי · דגבי ע"ע קנין הגוף שיש לו להבעה"ב לא מיקרי קנין שיעבוד · דהא מותר לרבו להשיאו שפחה כנענית עי' בחידושי הרשב"א בקדושין (דף ט"ז) בד"ה אמר רבא וכו' · וגם בדברי הר"ן שם בד"ה גרסינן וכו' הרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול · כלומר גופו קנוי עד שיגיע ימי חופשו לפיכך הרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול וצריך שחרור וכו' דלא שייך ביה מחילת ממון אלא לשון שחרור וכו' עכ"ל נ"ל ג"כ שכוונת הר"ן כמו שכתב הרשב"א שם דיש לו לרב קנין הגוף לענין שמוסר לו שפחה כנענית דשני קנינים יש בעבד אחד קנין ממון ואחד קנין איסור עיין בדברי הרשב"א בשם הרמב"ן שהאריך בזה הסברא · משא"כ גבי משכון דקנין הגוף של המשכון מיקרי רק קנין שיעבוד ואפילו הכי יליף הר"ן מעבד עברי דלא מהני מחילה · ה"נ לא מהני מחילה במלוה שיש עליה משכון כיון שיש לו להמלוה קנין בגוף המשכון לא תהני מחילה דהא עבד עברי ג"כ קונה א"ע בכסף כדאיתא בגמרא שם ויליף לה מדכתיב מכסף מקנתו ואפה"כ לא מהני מחילה דנימא כיון שמחל לו כסף מקנתו הוי כמו שנתן העבד הכסף ולא יוכל עוד הרב להשתעבד בו · ה"נ גבי מלוה שיש עליה משכון לא אמרינן דהוי שמחילה כמו שנתן הלוה המעות שהלוה מאתו · משו"ה לא מהני' מחילתו של המלוה ונשאר החוב כמו שהי' מקודם · וכיון שכן ניחא דברי הר"ן דפרק שואל הנ"ל דאם תפש הלוה המשכון לא מפקינן מיניה · כיון דהקנין שיש להמלוה בהמשכון הא קנין שיעבוד בעלמא והלואה שבת לא ניתן ליתבע · לכן לא יוכל לתבוע המלוה המשכון שיש לו רק קנין שיעבוד משא"כ אם תפש הלוה המעות שתפש המלוה מקודם ממנו בשבת כיון דהמעות המה של המלוה לגמרי קנין עולמית · משו"ה אם תפש הלוה מפקינן מיניה דהשתא לאו הלואת יו"ט מגבה אלא גזילה דמפקינן · וכיון שבארתי שכוונת הרשב"א והר"ן שכתבו דאין להמלוה בהמשכון רק שיעבוד כוונתם שיש להמלוה קנין שיעבוד · ה"נ מה שכתבו התוס' בב"ק הנ"ל דבעל חוב מה שקונה המשכון אין לו אלא שיעבוד · כוונתם ג"כ דיש לבעל חוב קנין שיעבוד · וגם ממקומו הוא מוכרע דיש להבעל חוב קנין בגוף המשכון כדאיתא בכמה דוכתי בש"ס מנין לבעל חוב שקונה משכון וכו' ועיין בקצוה"ח בסי' ש"ו ס"ק ג' וד' ובסי' ע"ב · וכיון דהנך פוסקים סוברים דמשכון גופו קנוי ולא מהני מחילה ופליגי על מוהר"ם שהובא במרדכי בפ"ק דסנהדרין שסובר דמהני מחילה במלוה שיש עליה משכון משום דאין גופו קנוי ליה להמלוה וא"ה לקמן אבאר את דבריו ע"ש · לפ"ז אם הי' ממושכן אצל המלוה חמץ ועבר עליו הפסח לא יוכל לומר הרי שלך לפניך · וכמו דאם נשתנית הגזילה ביד הגזלן דקנה הגזלן בשינוי · ואח"כ נאסרה הגזילה בהנאה כגון שגזל חיטים ועשה מהם פת ועבר עליו הפסח · לא יוכל לומר הרי שלך לפניך עיין בב"ק (דף ל"ד ע"א) דתניא רבי אליעזר בן יעקב אומר · הרי שגזל סאה של חיטין וכו' ועיין עוד שם (בדף ל"ו ע"ב) במשנה גזל בהמה וכו' ובגמרא שם אמר רב פפא וכו' (ובדף ס"ו ע"א) איתביה רב יוסף לרבה גזל חמץ וכו' · ה"נ במשכון חמץ כיון שיש להמלוה קניה בגוף החמץ · אף דלא קנה לגמרי דגם להלוה יש לו חלק זכות בהחמץ דהא יכול לסלקו בדמים · מ"מ כיון דעל חלק שיש להמלוה קנין בהמשכון של החמץ לא יוכל לומר

הרי

הרי שלך לפניך · כיון דקנה קודם הפסח ונתחמץ שדינו של המלוה ה"נ גם על חלק הזכות שיש ללוה בהחמץ · ג"כ לא יוכל לומר הרי שלך לפניך · וכדומה לזה אמרינן בב"ק (דף כ"א ע"א) ההוא דבנה אפדנא אקילקלתא דיתמי אגביה רב נחמן לאפדנא מיניה · לימא קסבר רב נחמן הדר בחצר חבירו שלא מדעתיה צריך להעלות לו שכר הסיא מעיקרא קרמנאי הוו דיירי ביה · ויהבי להו ליתמי דבר מועט · א"ל זיל פייסינהו ליתמי ולא אגבה אגביה רב נחמן לאפדניה מיניה עכ"ל הגמרא · וכתבו ע"ז התוס' ד"ה ויהבי ליתמי דבר מועט ומחמת כן חייב לשלם מה שנהנה אע"פ שלא חיסר כל כך · וכן מוכח כולה שמעתין כדאמרינן לעיל משום שחרירותא דאשיתא עכ"ל · ולפ"ז ה"נ כשהלוה על חמץ ועבר עליו הפסח כיון דלהמלוה יש קצת קני' בגוף החמץ · לפי הנך פוסקים שהבאתי לעיל והחלק החמץ שקנוי להמלוה בודאי אין יכול לומר עליו הרי שלך לפניך לאחר הפסח אף דהיזק שאינו ניכר הוא · מ"מ כיון דקנוי להמלוה איזה חלק בגוף החמץ · חייב ג"כ בהיזק שאינו ניכר כמו בגזלן אם קנה הגזילה דלא יכול לומר הרי שלך לפניך אם קנה הגזילה קודם הפסח כדהוכחתי מהגמרא הנ"ל · וכיון דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך על החלק החמץ הקנוי להמלוה ויגרע זאת מחובו ה"נ לא יכול לומר הרי שלך לפניך על החלק החמץ הנשאר שאינו קנוי ליה כמו בשחרוריתא דאשיתא · והכא הסברא שייכא יותר כיון דאינו יכול המלוה לומר הרי שלך לפניך בחלק החמץ הקנוי לו · ממילא לא יכול לומר הרי שלך לפניך ג"כ בחלק שאינו קנוי לו · והמבין יבין זאת הסברא מעצמו · וכדומה לזה כתב הסמ"ע בסימן שמ"ג ס"ק ה' ע"ש ודו"ק ותמצא ראי' לדברי · אך לפי דעת מור"ם בהגה"ה המרדכי · בפ"ק דסנהדרין שמהני מחילה במלוה שיש עליה משכון ומבואר שם הטעם · דהכי דבעל חוב קונה משכון להתחייב כשומר שכר מ"מ אין גופו קנוי לו למלוה ומהני מחילה · אע"ג דהמלוה מחזיק המשכון כדאמרינן בפ"ק דקדושין · דאי לאו דעבד עברי גופו קנוי מהני כי א"ל באפי בי תרי זיל · ה"נ כי מחיל ליה המלוה המשכון למריה כל היכא דאיתיה דידיה הוי ושלום מ"ב ר"ב עכ"ל הובא דבריו בחו"מ סימן רמ"א סעיף ב' ברמ"א · וקודם שאוכיח מה שאנו צריכין לעניננו אבאר את דבריו מה שלכאורה צריכין הבנה · איך כתב דמ"מ אין גופו קנוי ליה להמלוה וכו' הרי מבואר בכמה דוכתי דבע"ח קונה משכון משמע מזה דגופו קנוי להמלוה · ונלפענ"ד לפי מה שכתב רבינו בעל מקור חיים בסימן תל"א בדיני בדיקה וביטול שלו דמאן דס"ל דטובת הנאה אינה ממון היינו שאין השוב ממון וקנין בגוף החפץ · רק זכות מבחוץ הוא דזכי ליה רחמנא ואינו יכול להקנות הטובת הנאה במשיכת החפץ כמ"ש הפני יהושע בטעם דאינו יכול להקנות משכון במשיכת החפץ אי לאו דגלי רחמנא כיון שאין לו בגוף החפץ רק שיעבוד אינו יכול להקנותו במשיכה וה"נ דכוותיה · וא"כ נוכל לומר · הא דאמרינן דבע"ח קונה משכון שיש לו זכות בהמשכון לקדש בו אשה וגם לא נעשים מטלטלין אצל בניו הקנין שיש לו בהמשכון אינו רק זכות מבחוץ הוא דזכי ליה רחמנא וכיון שכן במלוה על חמץ ועבר עליו הפסח יכול לומר המלוה הרי שלך לפניך · כיון דאין להמלוה קנין בגוף החמץ רק הקני' מבחוץ · וגם רבינו בעל טורי זהב בחו"מ סימן שמ"ג ס"ק ד' כתב דגוף המשכון הוא של הלוה · לפ"ז אם המשכון הוא חמץ גם הלוה מחויב לבערו · דהא איתא בפרק הפרה ומביא בחו"מ סימן ע"ב במשכונו של ישראל אצל גר מעובדי כוכבים בימים הקדמונים ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק במשכון דחייב להחזירו לישראל מטעם שגוף המשכון של ישראל רק להגר הי' שיעבוד עליו וכיון שמת פקע שיעבודו · א"כ גם כאן חייב הלוה לבערו דהגוף שלו זה תורף דבריו · ולפי דבריו הקדושים יכול המלוה לומר הרי שלך לפניך וחייב הלוה לשלם מה שהלוה לו · והיזק של החמץ על הלוה · כיון שהגוף שלו כדמסיק הט"ז בהדי' בסוף דבריו · אך דבריו הקדושים אינם מובנים לי · דהא כתב השיטה מקובלת בפרק הפרה הנ"ל (בדף מ"ט) בד"ה משכונא וכו' והרא"ש ז"ל כתב וכו' אע"ג דבעל חוב קונה משכון שהפקעת השיעבוד של מי שהעיקר שלו מוקדם לזכיתו של זה וכו' כיון דעיקר לבעלים דהא מצי לסלקי בזוזי ועומד לכך ודאי הפקעת הזכות והשיעבוד מוקדמת לזכות אחרים · ומיהו בעלמא ודאי כיון דבע"ח קונה משכון לא סגי ליה במחילה באמירה בעלמא · כדאשכחן נמי גבי עבד עברי דגופו קנוי שהרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול וכו' עכ"ל · הרי כתב בהדי' דלא מהני מחילה במלוה שיש עליה משכון הרי דיש להמלוה קני' בגוף המשכון ואפי' הכי כתב דזכיתו של הלוה היא מוקדמת כשמת הגר · דכיון דעומד המשכון לסלוקי בזוזי עיקרו של המשכון הוא של הלוה ומשו"ה לא מצי אחר להחזיק בו · ולפענ"ד נ"ל עוד טעם אחר · דמשו"ה לא מצי אחר להחזיק בהמשכון אף דמחילה לא מהני במלוה שיש עליה משכון · דהתם קודם המחילה שיעבודו של המלוה על הלוה לא איגרע · וכיון שיש להמלוה קנין בגוף המשכון כל זמן שיש שיעבוד על הלוה משו"ה לא מהני מחילה · מה שאין כן כשמת הגר דהא פקע שיעבודו של הגר תיכף כשמת הגר אפי' החזיק אחר בהמשכון מחיים של הגר מ"מ כיון דשיעבודו של גר פקע תיכף כשמת הגר · לא נוכל לומר שאחר שהחזיק בהמשכון זכה ג"כ בשיעבודו של הגר שיהי' לו משועבד הלוה כמו שמשועבד להגר דזה בודאי אינו · דשיעבוד הגוף שיש להמלוה על הלוה בודאי כשמת הגר פקע שיעבודו כמו שכתב הרבינו תם הביאו הש"ך בסימן כ"ו ס"ק א' · דמשום הכי המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול לפי ששני שיעבודים יש למלוה על הלוה שיעבוד גופו של לוה שהוא מחויב לפרוע והוא עיקר השיעבוד ושיעבוד על נכסיו אם לא יפרע מדין ערב דנכסוהי דאינש אינון ערבין ליה ושיעבוד שיש למלוה על גוף הלוה לאו בר מכירה הוא · ואינו מוכר אלא שיעבוד הנכסים לבד · ואע"פ שאינו נמכר לא פקע אבל כי הדר ומחלו ופקע שיעבוד הגוף ממילא פקע שיעבוד הנכסים שאינו אלא מדין ערב עכ"ל · והסכימו לזה הסברא הרבה מן הראשונים ע"ש · ואם במוכר שטר חוב אמרו שאין יכול למכור שיעבוד הגוף · כל שכן שאינו משועבד הגוף של הלוה במה שהחזיק אחר במשכון שלא בידיעת המלוה הוא הגר · ואף אם החזיק אחר בהמשכון מדעתו של הגר אין הסברא נותנת שמחמת זה נשתעבד גופו של הלוה · וכיון שבמיתת הגר פקע שיעבודו ממילא פקע גם הקנין שהי' לו להגר בגוף שלוה ולכן אם החזיק אחר בהמשכון אף מחיים של גר מוציאין מידו :

וראיתי לרבינו בעל מחנה אפרים בהלכות זכי' מן ההפקר · סימן ט"ו שהקשה על הך דפרק הפרה (דף מ"ט) הנ"ל מפרק כל שעה (דף ל"א) · דלמ"ד בעל חוב קונה משכון אפי' ישראל מאינו יהודי הרי זה עובר עליו משום דדידיה הוא ומוכח מהסוגי' שם דטעמא דעובר לאו משום שיעבוד דאית ליה עליו בלחוד הוא · אלא משום דקני ליה קנין גמור מדקאמר שם אבל אינו יהודי שהלוה לישראל על חמצו דברי הכל עובר עליו · התם ודאי אינו יהודי מישראל לא קני משמע דאי הוה סבירא ליה דאפי' אינו יהודי מישראל קנו להמשכון לא הי' עובר · ואי קנין משכון אינו אלא לשיעבוד בלחוד כי נמי קנו ליה אינו יהודי למשכון לשיעבוד אמאי הישראל אינו עובר עליו הא ודאי דידיה הוא · ועל כרחין צ"ל כמו שפי' רש"י ז"ל שם דכל היכא דבעל חוב קונה משכון שלו הוא ממש כל ימי הלואה · ולפי דברי השיטה מקובלת הנ"ל יתורץ הקושי' הזאת כמובן · וגם לפי דברי שכתבתי הטעם לחלק בין משכון שמת הגר ובין מחילה על מלוה שיש על המשכון ג"כ יתורץ הקושיא הזאת דבמיתת הגר פקע שיעבודו · וממילא פקע הקנין כדכתבתי · משא"כ כשלוה ישראל מאינו יהודי · אם נאמר דאינו יהודי קנה להמשכון לא הי' עובר עליו דכיון דשיעבוד הגוף של ישראל עדיין שיהא שהוא משועבד לאינו יהודי המשכון קנוי לאינו יהודי כשלו לכן אינו עובר · אך מ"מ קשה קושיא אחרת על הך דפסחים הנ"ל לפי מאי דמוכח מתוס' כתובות (דף נ"ט ע"ב) ד"ה שדה

זו וכו' וכן מדברי הרא"ש בב"ק (דף כ"ד ע"ב) על הך סוגי' השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין לכנוס בחצר · דמוכח מדבריהם דהמלוה והלוה שותפים המה בהמשכון · וכיון שכן אמאי אינו עובר הישראל אף אם נאמר דאינו יהודי קונה משכון מ"מ אמאי אינו עובר עליו הישראל כיון שיש לו ג"כ חלק בו · וכ"ת דהתוס' והרא"ש כתבו רק במשכון קרקע דבעל חוב אינו קונה קרקע כדמוכח מגיטין (דף ל"ז) וע"ש ברש"י בע"א שאני משכון דמטלטלי עכ"ל · ועיין בחידושי הר"ן שם בד"ה שאני וכו' דמשכון קרקע אינו קנוי עכ"ל ועיין בש"ך בחו"מ סימן ע"ג ס"ק כ"א · ועיין בנימוקי יוסף פרק הזהב גבי ערבין בשם רמב"ן ז"ל · ומשום הכי כתבו דהמלוה והלוה שותפים המה בהמשכון · מה שאין כן במשכון דמטלטלין כיון דבע"ח קונה אותו כל ימי הלואה הוא של המלוה לגמרי · ולכן אם נימא דאינו יהודי קונה להמשכון אינו עובר הישראל עליו · אך לפי הנראה מדכתב הרא"ש הנ"ל ומתוך זה נ"ל בהקדש שחל על גוף הקרקע אע"פ שמשכנו או השכירו יכול לאסור חלק שיש לו בו עכ"ל · מדכתב דאינו חל ההקדש של הלוה או של המשכיר רק על חלק שיש לו בו בהקרקע או בהבית · מוכח מתוך זה דגם המלוה או השוכר יש לו ג"כ חלק בהקרקע וחלקו אינו יכול להקדיש הלוה או המשכיר · וזה אין סברא לומר שהרא"ש ס"ל דבע"ח קונה משכון אף במשכון מקרקע דלפי הנראה דכולם הסכימו לזה · רק הפני יהושע בפרק איזהו נשך (דף ס"ו) על תוס' ד"ה ומגיומי אמר באותו דיבור שם שלא הבין טעם הדבר מדוע לא קנה המלוה המשכון במקרקע · לכן נ"ל דהרא"ש סובר כשיטת הריטב"א בקדושין (דף י"ט) ד"ה ואמר רבא וכו' ואין זה נכון · דאפי' לכשאם תמצא לומר דמשכנו בשעת הלואתו אין בע"ח קונה משכון ולא אמר רבי יצחק אלא במשכנו שלא בשעת הלואתו · בכל כי האי משכון דאמה העבדים שהמלוה הולך ואוכל פירות דכו"ע ב"ח קונה משכון דלא אפשר למיכל פירי בלא קנין הגוף לפירות · ואפי' למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי עכ"ל · לפ"ז ניחא הא דמשמע מדברי הרא"ש דהמלוה קונה השדה הממושכנת לו אף דמשכון קרקע אין בע"ח קונה מדרב יצחק · מ"מ אם המלוה אוכל פירות משדה הממושכנת לו או כדומה לזה שנהנה מפירותיה של המשכונה יש להמלוה קנין בגוף השדה · וגם מהגמרא מוכחא זאת שאי אפשר לומר בכיגון אחר · דהא איתא בכתובות (דף נ"ט ע"ב) הא לא דמיא אלא לאומר לחבירו שדה זו שמשכנתי לך לעשר שנים לכשאפדנה ממך תקדש דקדשה וכו' עכ"ל הגמרא · ומלשון הגמרא הזאת דייקי הרבה ראשונים ע"ש בתוס' ד"ה שדה זו ובר"ן בנדרים בפירושיו שם (בדף מ"ו ע"ב) בד"ה היכי דמי וכו' מדקאמר הגמ' לכשאפדנה ממך תקדש דקשה אלמא דוקא לכשיפדנה · אבל קודם לכן לא קדשה · הרי מוכח דיש להמלוה קנין בגוף השדה המושכנת לו · ואין חל ההקדש של הלוה אם הקדישה בתוך ימי המשכנתא וזה כבר הוכחתי מכמה ראשונים שאין בע"ח קונה קרקע המושכנת לו · אלא ודאי דמיירי הך דכתובות שהמלוה אוכל פירות של השדה כמו במשכנתא דסוריא עיין בב"מ (דף ס"ז ע"ב) ומשו"ה קנוי להמלוה גוף השדה המושכנת לו כסברת הריטב"א בקדושין הנ"ל · וכיון שהוכחתי דהך דכתובות קנוי להמלוה גוף השדה המושכנת לו · ואפי' הכי כתבו התוס' שם והרא"ש בב"ק (דף כ"ג) דיש גם להלוה קנין בגוף השדה המושכנת לו אף בהך משכנתא דאיתא בכתובות הנ"ל · ולפ"ז קשה אמאי אמרינן בפסחים (דף ל"ה) הנ"ל · דאם נימא דאינו יהודי קונה החמץ המושכן לו מישראל כדין ישראל שבע"ח קונה משכון · אין הלוה עובר עליו · אמאי · דאף דקונה אותו מ"מ גם להלוה יש לו ג"כ חלק בהחמץ · כדכתבו התוס' והרא"ש הנ"ל · וגם מצד הסברא האיך נוכל לומר שפקע כל זכותו של הלוה מן המשכון הא עיקרו של המשכון הוא שלו ועומד לסלקו בזוזי ואמאי אינו עובר · אך לפי שיטת הרבה מן הראשונים דכיון דיש להמלוה קנין בגוף החמץ הממושכן לו · ואינו יכול לומר אחר הפסח הרי שלך לפניך ניחא כיון דמתחילת שעה ששית נאסר בהנאה עכ"פ מדרבנן · ואינו יכול המלוה לומר להלוה החמץ שנאסר בהנאה הממושכן לי הרי שלך לפניך ופטור הלוה מלשלם · א"כ החמץ מתחילת שש קניא לגמרי להמלוה · ומשו"ה אם נימא דאינו יהודי קונה משכון של ישראל הלוה · אינו עובר על החמץ הממושכן אצל אינו יהודי · וכ"ת הא איתא בכמה דוכתי ואחד מהם בפסחים (דף ו' ע"ב) דאמר רבי אלעזר שני דברים אינם ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו ואילו הן בור ברשות הרבים וחמץ משש שעות ולמעלה וכו' · ולפ"ז לכאורה הדרא קושיא לדוכתא · אמאי אינו עובר הישראל הלוה · אף אם נימא דאינו יהודי קונה המשכון של חמץ · דלא נוכל לומר כיון שנאסר בהנאה מתחילת שש קם החמץ ברשות של אינו יהודי לגמרי · דהא איסור הנאת חמץ אינו מוציא מרשות בעלים · אבל נראה לפענ"ד דהא דאין איסור חמץ מוציא מרשות הבעלים · הייט דוקא לענין שיעברו הבעלים של חמץ בבל יראה ובל ימצא · וגם אינו מצורף עם איסור הנאה של חמץ שארי דינים · לכן איסור הנאת חמץ בלחוד אינו מוציא מרשות הבעלים · משא"כ במשכנא של חמץ · כיון דנאסר בהנאה מתחילת שש עכ"פ מדרבנן ומחמת זאת לא יוכל לומר המלוה הרי שלך לפניך · דכיון דיש לו קנין בגוף המשכון של חמץ כמו בגזלן אם קנה הגזילה מקודם שנאסרה בהנאה דלא יוכל לומר הרי שלך לפניך · לכן כיון שמצורף גבי משכון של חמץ שארי דינים הנאמרים בדוכתי אחריני שמפקעין מרשות הבעלים לרשות אחר · משו"ה אינו עובר הישראל הלוה · דהדין דאין יכול לומר הרי שלך לפניך הוא מוציא מרשות הישראל מתחילת שש · ונכנס המשכון של חמץ ברשות עכו"ם לגמרי · משו"ה אינו עובר הישראל על בל יראה ובל ימצא · ולפ"ז הדין גם בישראל אם הלוה לישראל אחר על משכון של חמץ גם כן אינו עובר הלוה · דמתחילת שש כשנאסר בהנאה מדרבנן קנה המלוה המשכון של חמץ לגמרי כיון דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך · אך מה אעשה שרבן של ישראל בעל הט"ז בסימן תמ"ג ס"ק ד' הנ"ל כתב דגם בישראל שלוה מישראל על משכון של חמץ עובר הלוה · וגם הוא סובר דהמלוה יכול לומר הרי שלך לפניך ומחויב הלוה לשלם · לכן צריך אני לעשות לי רב בזה הדין :

וגם נלפענ"ד דפטור הלוה מלשלם מפני שפשע המלוה שהיה לו למכרו להמשכון של חמץ קודם זמן איסורו לאינו יהודי כדכתב המגן אברהם זאת הסברא בסימן תמ"ג ס"ק ה' · ומה שהקשה עליו בהגהותיו באבן העוזר על המגן אברהם מפסחים (דף כ"ט) · כבר ישבו הגאון בעל ישועות יעקב ע"ש · ומה שהקשה עוד על המ"א מב"ק (דף ק"ה) דאיתא התם אמר רבא גזל שלש אגודות בשלש פרוטות והוזלו ועמדו על שתים · אם החזיר לו שתים חייב להחזיר לו אחרת · ותנא תונא גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך · טעמא דאיתא בעיניה · אף על גב דהשתא לאו ממונא כיון דמעיקרא ממונא הוא בעי שלומי ה"נ אע"ג דהשתא לאו שוה פרוטה כיון דמעיקרא שוה פרוטה וכו' · ואם נימא כסברת המ"א מאי ראיה הוא דמייתי מחמץ דהתם מה שעבר עליו הפסח ואינו שוה פרוטה · נעשה בפשיעות הגזלן שלא מכרו קודם זמן איסורו · ועל זו הפשיעה לחוד יש לחייבו תשלומין · אלא דמכל מקום פטור · כיון דמהדר בעיניה ואמר לו הרי שלך לפניך דהיזק שאינו ניכר הוא אבל אי לא מהדר ליה בעיניה מחייב אהאי פשיעה גופא · משא"כ בהוזלו דממילא הוא לא שייך לומר כן · דהתם לא פשע מה שלא מכרו קודם שהוזלא כמבואר בחו"מ (סימן רל"ב סעיף ט"ו) · וראיתי כעין קושיא זו בפני יהושע והעתקתי הקושיא כמו שכתב הפני יהושע כי הספר אבן העוזר אינו כעת תחת ידי · ונלפענ"ד לתרץ דלא נוכל לומר דמחמת פשיעה שלא מכר הגזלן החמץ מחויב לשלם אם אינו בעין · דלפ"ז גם אם החמץ בעין גם כן היה מחויב הגזלן לשלם דהא גזלן מחויב אף באונסין · ומכל שכן שחייב בפשיעה · ולפי דבריהם של בעל

אבן

אבן העוזר · ושל הפני יהושע היה לחס להוכיח מדאיתא במתניתין (בדף נ"ו) דאם גזל חמץ אומר לו הרי שלך לפניך · אמאי הא מחויב הגזלן לשלם מחמת שפשע שהיה לו למוכרו קודם זמן איסורו · לכן נריכין אנו לומר כיון דגזלן אינו מחויב בשמירת היזק שאינו ניכר כמו שכתבתי לעיל לכן אינו מחויב לשלם מחמת הפשיעה שהיה לו למוכרו כיון דאינו מחויב בשמירתה ע"ז · ומה שכתב המ"א שהלוה פטור מלשלם מפני שהמלוה פשע שהיה לו למוכרו היינו דוקא במשכון נסתפק המגן אברהם בזה · דכיון דתפס המשכון על חובו מן הסתם קיבל עליו שמירתו גם מהיזק שאינו ניכר כיון שההנאה משויה של המשכון דאם הוזלה לא יהיה לו ממה לגבות חובו מהמשכון ומן הסתם קיבל עליו אחריות מהיזק שאינו ניכר דממה שההנאה קבל עליו את שמירתה כמו שכתבתי לעיל זאת הסברא · ומה שמחויב הגזלן לשלם אם החמץ אינו בעין אף כשנאבדה לאחר שנאסרה בהנאה לא שוה מידי מכל מקום מחויב לשלם דמים מעליא דכיון דנתחייב בהשבה תיכף כשגזלה ואם לא ישוב יתחייב לשלם עבור הגזילה ובעת הגזילה היתה שוה דמים מעליא אף כשנאסרה בהנאה נוכל לומר הרי שלך לפניך דבזה קיים מצות השבה כדאיתא בב"ק (דף נ"ו ע"ב) תניא והשיב את הגזילה מה ת"ל אבר גזל וכו' מכאן אמרו וכו' חמץ ועבר עליו הפסח וכו' אומר לו הרי שלך לפניך וכו' עכ"ל הגמרא · מה שאין כן כשנאבד החמץ שעבר עליו הפסח ולא נוכל לקיים מצות השבה בגוף הגזילה שגזל כי אם בדמים של שוי' של הגזילה מחויב לשלם דמי מעליא כמו שהיתה שוה בשעת הגזילה שאז נתחייב להשיב הן גוף הגזילה אם יהיה בעין או דמי שויה של הגזילה אם לא יהיה להגזלן גוף הגזילה · ועוד נ"ל דהמלוה נריך למכור המשכון של חמץ · דלא דמי לפקדון דאף דשם אם נאמר דאין נריך למכרו דיכול לסמוך על המפקיד שימכור את החמץ כדי שלא יעבור עליו · מ"מ במלוה על המשכון הלוה אינו מוכרו דסמך לו על המלוה שבודאי ימכור אותו כדי שלא יאסר בהנאה דרחוק הדבר שימצא אינו יהודי שיקנה את החמץ מיד הלוה דממה נפשך אם יקבל עליו הלוה אחריות לעכו"ם הקונה על מכירת החמץ · נמצא שלא הועיל במכירתו כלום כיון שחייב באחריות החמץ כידוע עיין באו"ח סימן ת"מ · ואם לא יקבל עליו אחריות על מכירת החמץ לא ימצא אינו יהודי שיקנה את החמץ מיד הלוה והוא ממושכן אצל המלוה · והאומד יעיד ע"ז שלא ימצא עכו"ם שוטה שיקנה את החמץ באופן כזה · וכיון דאין המלוה יכול לסמוך על הלוה שימכור את החמץ בודאי ימכור אותו כדי שלא יאסר בהנאה ולא יכול לגבות את חובו מהחמץ · וכיון שהמלוה בודאי ימכור את החמץ כדי שלא יאסר בהנאה יכול הלוה לסמוך ע"ז ואין נריך למוכרה · לפ"ז אם המלוה לא מכר את החמץ פשע והפסיד מעותיו · משא"כ בפיקדון דשם נוכל לסמוך הנפקד על המפקיד דהתם לא שייך זאת הסברא · וכן גבי גזלן כיון דבאמת החמץ אינו שלו לא יוכל הנגזל לסמוך שבודאי ימכור הגזלן דמה יפסיד הגזלן אם לא ימכור אותו אף דהוא גזלה אדעתא דהכי שתהיה כשלו מ"מ כיון דהחמץ לא בא מיניע כפו אינו חם ע"ז · מכל זה נ"ל שהלוה פטור מלשלם כי המלוה אינו יכול לומר הרי שלך לפניך · ועיין בחיבורי אפיקי יהודא :

דינים היוצאים מפרח זה .

א דין דאין השומר חייב מהיזק שאינו ניכר כגון אם הפקיד אצלו חמץ ועבר עליו הפסח אף שקיבל הנפקד שכר שמירה על זה יכול לומר לאחר הפסח הרי שלך לפניך ואינו מחויב לשלם וזה הוא רק כשקיבל עליו השומר כסתמא לשמור אבל אם קיבל עליו בפירוש אחריות מהיזק שאינו ניכר מחויב הנפקד לשלם :

ב דין דאין שומר חנם מחויב לשמור רק מפשיעה · אבל לא מגניבה ואבידה דלא נימא אף שאינו מחויב לשלם כשנגנבה או נאבדה מ"מ מחויב לשמור שלא יגנב או שלא יאבד כמבואר בפנים :

ג דין דבהקדשות או בעבדים או בשטרות אף אם קבל עליו בפירוש אחריות כגון שומר חנם בפשיעה ושומר שכר בגניבה ואבידה מכל מקום פטור מלשלם רק אם קנו מידו אז חייב אם יסכימו רבותי עמי כי הבעל מחנה אפרים לא כתב כן :

ד דין דאם ישראל הלוה נישראל אחר על חמצו אינו עובר הלוה עליו בבל יראה ובל ימצא ואינו נריך למוכרו עם יסכימו רבותי עמי כי בעל המ"ז לא כתב כן :

פרח ז

ולפי מה שכתבנו לעיל דיש להמלוה קנין בגוף המשכון · נ"ל דאם אמר הלוה הילך · והמעות מונחים בכלי המושכנת לך על חוב אחר · והכלי הזה אינה עומדת ברשות המלוה כגון בסימטא · לפי מה דאמרינן בב"ב (דף פ"ד ע"ב) דכליו של אדם קונים לו בסימטא · ונפסק זה בשו"ע סימן ר' סעיף ג' במחבר וזו דעת הרי"ף והרמב"ם · והטעם דכליו קונה הוא מטעם חצר כדכתב השיטה מקובלת בב"מ (בדף ע' ע"ב) בד"ה אמר רבא וכו' · וז"ל הריטב"א ז"ל אלא אי משיך בהמה זו וקני כלים שעליה מהו · פי' דגופה דבהמה לא מיקני ליה אלא בתהיה שאולה לו שיקנה בה כלים שעלי' מדין חצר · והראי' דמדין חצר הוא מדפרכינן עלה דתיפוק ליה דחצר מהלכת וכו' עכ"ל · וכן כתב בעל מקור חיים סי' תמ"ה סק"ה · נלפענ"ד דפטור מן השבועה דאורייתא · אף שדעת הרמב"ם הובא בשו"ע סימן ש"ב סעיף ג' · הזבל שבחצר וכו' שאלירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים · ולכאורה לפי דבריו אין המשכון קונה להמלוה המעות שמונח בתוכו מטעם חצר · דכיון דגוף המשכון הוא של הלוה · אך לפי מה שכתבתי דיש להמלוה קנין בגוף המשכון · הרי הוא דומה לכליו שקונים לו · אף לפי מה שמבואר בקצת פוסקים דשכירות ליומי ממכר הוא ויש להשוכר קנין הגוף בכלי ובקרקע השכורה לפירותיהם · מ"מ אינו דומה למלוה על המשכון דהתם לאו קנין הגוף ממש הוא · אף לר' יוחנן דאמר בסוף פרק השולח קנין פירות כקנין הגוף דמי · מ"מ אין להלוקח קנין בגוף הקרקע רק דמדמי קנין פירות לקנין הגוף · משא"כ במלוה על המשכון שיש להמלוה קנין בגוף המשכון הרי הוא כמו כליו של המלוה לגמרי וקונה המעות שאמר לו הלוה הילך ומונחים בתוכו מטעם חצר · אך לכאורה נוכל לומר לפי מה שכתבנו בפרח הקודם · דבמשכון שניהם שותפים המה הלוה עם המלוה · והבאתי ראיה לזה מתוס' פרק אע"פ (דף נ"ע ע"ב) ד"ה שדה וכו' ומהרא"ש בב"ק בפרק הפרה סימן יו"ד · וכן כתבו הרבה מן האחרונים · ועיין כיס של שלמה שם (בדף נ"ב) · וחצר השותפין אינן קונין זה מזה כדאמרינן בב"ב (דף פ"ד) · ת"ש על הא דבעי אם מדד והניח על גבי סימטא אם קנה אי לא אי נימא כיון דיש לו רשות להלוקח להניח כליו בסימטא הוי כאילו הניחם המוכר ברשותו של לוקח וקנה דסימטא הוי כמו חצר השותפים אי לא זה תורף דברי הרשב"ם בד"ה והניח וכו' · ואמרינן שם ת"ש דאמר ר' ינאי א"ר חצר השותפין קונין זה מזה מאי לאו ע"ג קרקע לא להוך קופתו · ה"נ מסתברא וכו' הרי מוכח דעל גבי קרקע לא קנה הלוקח דחצר השותפים אין קונין זה מזה · עיין שם בסוגיא כי קצרתי · ועיין בשו"ע סימן ר' סעיף ג' · ולפ"ז לא קנה המלוה המעות המונחים בתוך המשכון של הלוה · כיון דשניהם שותפים המה במשכון הוי כחצר השותפים ואין קונין זה מזה דקנין כליו הוא מטעם חצר כמו שכתבתי לעיל בשם שיטה מקובלת · אך לפי מה שכתב הר"ן בפ"ק על הך סוגיא דתנן על גבי סלע (בדף ח' ע"ב) דבעי רב ביבי אם אמרה האשה שרוצה להתקדש לאיש המקדש שיניח הקדושין על סלע

של שניהם · ולפי פירש"י הא דהאשה מתקדשת הוא משום דהסלע קונה הקדושין מטעם חצר כתב הר"ן ע"ז אע"פ דקיי"ל בפרק הספינה (דף פ"ד) דחצר השותפין אין קונין בו מקח זה מזה · הכי קמיבעיא ליה מי אמרינן דכיון דיש לה חלק בו כי אמרה ליה תנם על גבי הסלע דעתה להתקדש · והיינו נמי כיון דניחא ליה לקדשה אקנויי אקני לה מקום באותו הסלע וקני' לה · או דילמא דכיון דסלע זה אינה שלה לגמרי דחיא בעלמא הוא עכ"ל · ובכי האי גוונא כתב הרשב"א בחידושיו שם בד"ה הא דתניא וכו' · וה"נ כיון דהלוה רוצה להקנות את המעות להמלוה כדי לפטור א"ע משבועה דאורייתא · וגם לפטור א"ע אם יארע איזה אונס במעות מלשלם דאין לו להלוה הנאה כלל במה שיהיו המעות ברשותו · דלא יכול לאישתמושי בהמעות להוציאם כיון דהמלוה תובעו שיחזירם לו · ולפ"ז בודאי ניחא ליה להלוה שיהי' המעות שאמר הילך ברשות המלוה · ואקנויי אקנו להמלוה שיהיה הכלי הממושכנת לו קנוי ליה לגמרי על אותה שעה כדי שיוכל לקנות בה המעות המונחים בתוכה שאמר לו הילך · וכ"ת אף דהלוה רוצה להקנות לו הכלי הממושכנת לו כדי שיקנה בה המעות אבל המלוה אינו רוצה לקנות את הכלי דמה הנאה יש להמלוה אם יקנה את המעות · ואדרבה נוכל לומר דלא ניחא ליה לקנות את המעות שיפטור את הלוה משבועה דאורייתא · וגם אם יאבדו המעות יהי' צריך לשלם להלוה ובעינן דעת הקונה · שלא מצינו קנין בע"כ רק בקנאת דברים עיין בקדושין (דף ה') ובקצות החושן בסימן ר' ס"ק ה' · אף שכתבתי בכפתור שלישי שדבריו אינם מובנים לי מסך דקדושין הנ"ל מ"מ דבר פשוט הוא דאין זכי' בע"כ · ובעינן דעת הקונה שירצה לקנות · רק במידי דזכות הוא לו אמרינן בכמה דוכתי שזכין לאדם שלא בפניו · מ"מ נ"ל בסך דכלי הממושכנת שכתבנו שהלוה והמלוה המה שותפין בה ובחצר השותפין לא בעינן דעת הקונה דהוא רק איסתלוקי רשותא בעלמא שהשותף מסלק חלקו שיש לו בהכלי הממושכנת · וכן בחצר השותפים יכול לסלק רשותו ושייך החצר לגמרי להשותף לבדו לפי מה שכתב הבעל מחנה אפרים בהלכות קנין חצר סימן ו' דבחצר השותפים דכיון שיש לכל אחד מהם רשות בהחצר לאשתמושי ביה בדיבור בלבד יכול להקנותו לשותפו וסגי רק בגילוי דעת שמשאיל לשותפו מקומו כדי שיקנה בו וקנה · זה תורף דבריו עיי"ש כי האריך · הרי מוכח מדבריו דאיסתלוקי רשות בעלמא הוא · דאם נימא דבעינן דעת הקונה כשאר קניינים היה צריכין ג"כ קנין המועיל כבשאר דוכתי · אלא ודאי דמיקרי רק איסתלוקי זכות בעלמא · ובגילוי דעת בלבד יכול לסלק את זכותו · ואף שכתבתי בכפתור שני שדבריו אינם מובנים לי שמש בעינן קנין מעליא · מ"מ על רעיוני מונח שכדבריו כתב השיטה מקובלת לב"ב · ולא ידעתי כעת את מקומו אך מסתמא הוא בפרק המוכר את הספינה או בפרק המוכר פירות · וכהאי גוונא איתא בעירובין (דף ע"א) אלא הכא בהא קמיפלגי דב"ש סברי ביטול רשות מיקנא רשותיה הוא ומיקנא רשותא בשבת אסור וב"ה סברי אסתלוקי רשותא בעלמא הוא ואסתלוקי רשותא בשבת שפיר דמי · ולכאורה צריכין להבין באיזה סברא פליגי ב"ש וב"ה · ונ"ל דב"ש סברי דביטול רשות הוי כמו שאר הקנאות שמקנים זה לזה · לכן אסורים בשבת לבטל את הרשות · וב"ה סברי כיון דיש לו מכבר שותפות בחצר או במבוי דלענין זה הוי כמו חצר השותפין או כמו מבוי השותפת להם · לכן לא בעינן דעת הקונה שיקנה אותה בביטול רשות הזה · רק די במה שחבירו יסלק את רשותו מהחצר או מהמבוי שיש לו מכבר · ולכן מותר בשבת [עיין בשבת (דף קל"א ע"ב) הואיל ובידו להפקיר] נמצא שבסברא שכתבתי לעיל מתיישבת הגמרא דעירובין הנ"ל · ולפ"ז ניחא דאף דכתב הש"ך בחו"מ סימן ר"ב ס"ק ג' בשם כמה פוסקים · דאין חצירו קונה אלא כשהוא כבר חצירו משא"כ הכא דחצירו ומתנתו באין כאחד ומסיים שם וכן נ"ל עיקר · א"כ לפי דבריו לכאורה אינו מועיל מה שאמר הילך כיון שהמעות היו מונחים כבר בתוך הכלי הממושכנת

לו אינו נקנה לו בתורת חצר אף אי אמרינן כשאמר הילך אקנוי ליה הכלי הממושכנת לו שתהיה שלו לגמרי לקנות בה המעות · אבל לפי מה שכתבתי ניחא · דהא דבעינן דוקא שיהיה החצר מקודם קנוי ליה כמו שכתב הש"ך היינו דוקא בחצר שאין להקונה שרוצה לקנות כעת חלק כלל מכבר בו · אבל בחצר המשותפת מקודם לשניהם אף שמונח בתוכו מכבר · מ"מ מקנה לו השותף את החצר או הלוה את הכלי הממושכנת להמלוה · דהמה ג"כ שותפים בהכלי כמו שכתבתי לעיל · וקונה בקנין חצר אף שהיו מונחים בתוכו מקודם · דהוא רק אסתלוקי רשות בעלמא שמסלק את רשותו ונמצא שהחצר או הכלי הוא שלו לגמרי · וכעין סברא זו כתבתי מכבר בכפתור שני · לתרץ מה שהקשו האחרונים על הש"ך מריש פרק הזורק מהא דאמר רבא שם גיטה וחצירה באין כאחד · אך עדיין אנו צריכין לבאר לפי מה שכתב הבעל מחנה אפרים שם וז"ל דמאי דאמרינן חצר השותפין אין קונים זה מזה · היינו כשהיה שם כבר החפץ · וליכא הוצאה מרשות לרשות · אבל כל שהביא עכשיו חפץ והניחו בחצר השותפות כדי שיקנה חבירו קנה · והיינו טעמא כל היכא דגילה דעתו דמשאיל לו מקומו והוכיח זאת מדברי הטור בסימן קע"ו ע"ש · והכא מונחים המעות מקודם בתוך הכלי הממושכנת וליכא גילוי דעת שמקנה את הכלי הממושכנת שתהיה של המלוה לגמרי · ולפ"ז אינו מועיל מה שאמר הילך לפטור אותו משבועה דאורייתא · מכל מקום נ"ל לפי מה שכתב הרא"ש בפרק קמא דקדושין סימן כ' וז"ל אמנם נ"ל אם יאמר לו השאילני טבעת כדי לקדש בו את האשה דהויא מקודשת · דכיון שהשאיל לו אדעתא לקדש בו את האשה · אנן סהדי דגמר בלבו ליתנו לו באותו לשון שיועיל לענין קדושין שתהא האשה מקודשת בו · כי אדעתא דהכי מסר לידו הטבעת ואם לא יועיל בלשון שאלה יהיה בלשון מתנה · ולכל הפחות תהי' מתנה על מנת להחזיר והויא מקודשת עכ"ל וכן נפסק הדין בא"ע סימן כ"ח סעיף י"ט · וה"נ אם אמר הלוה הילך על המעות המונחים בתוך הכלי הממושכנת להמלוה · דודאי דעתו של הלוה היה להקנות להמלוה הכלי הממושכנת שתהיה שלו לגמרי כדי שיוכל המלוה לקנות את המעות · ולפי דעתי עדיפא דין זה מדין הנזכר מהרא"ש ז"ל דהא התם אמר בפירוש השאילני טבעת וכו' ואפ"ה אמרינן שדעתו היה שתהי' לשם מתנה · כיון דאין יכול לקדש אשה בטבעת שאולה · ומכל שכן הכא שלא יצא מפיהם של המלוה והלוה איזה לשון שיהיה נראה להיפך שאינו רוצה להקנות את הכלי · לכן בודאי אמרינן כיון דלא מהני הילך אם לא שיקנה לו הלוה להמלוה את הכלי הממושכנת בודאי היתה כוונתו של הלוה להקנות את הכלי · ולפי דברי אלה נוכל לתרץ מה שהקשו על הרמב"ם הובא דעתו בחו"מ סימן שי"ג סעיף ג' והבאתי לעיל שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים · והקשו עליו דהא תנן בב"ב (דף פ"ד ע"ב) שוכר את מקומו וכו' וגם בפרק ה' דמעשר שני ומקומו מושכר לו וכו' ע"ש בביאורי הגר"א בס"ק ה' · ולפי דברינו ניחא דהתם אדעתא דהכי שוכר את מקומן כדי לקנות בהם הדבר שמונח בתוכם וגם המשכיר אדעתא דהכי השכיר לו · א"כ בודאי כוונתו של המשכיר שתהי' השכירות הזאת כעין מכירה · ומכירה באופן זה שאינה לחלוטין רק לזמן קצוב · נמצא ברמב"ם פרק כ"ג מהלכות מכירה הובא דין זה בחו"מ סימן רי"ב סעיף ד' המוכר גוף הקרקע לזמן קצוב הרי זה מכירה וכו' בונה והורס וכו' כמו שעושה הקונה קנין עולם עכ"ל · דכיון דאם נאמר דהוא רק כעין שכירות דעלמא אינו יכול לקנות הדבר המונח בהמקום ששכר וכמו שכתב הרא"ש הנ"ל גבי השאילני טבעת לקדש בו את האשה וכו' עיין לשון שהבאתי לעיל · מה שאין כן בסך דחצר המושכר שהובא בשו"ע בסימן שי"ג הנ"ל · התם לא שכר אדעתא דהכי שיקנה השוכר את הזבל מה שיהי' אח"כ בהחצר · משו"ה סבירא ליה להרמב"ם דשייך הזבל להמשכיר כיון דבאמת גוף החצר הוא של המשכיר · וגם לפי דברינו דלעיל שכתבנו דאף

דשוכר

דשוכר הרמב"ם דהמשכיר קונה בחצר אע"פ שמושכרת ביד אחר: וכן לדעת הראב"ד שהשוכר קונה בחצר המושכרת · היינו דוקא אם בא ליקנות איזה דבר מאיש אחר בקנין חצר המושכרת · בזה פליגי הרמב"ם והראב"ד · אבל אינם יכולים לקנות לדעת הרמב"ם המשכיר מן השוכר בחצר המושכרת · ולדעת הראב"ד השוכר מן המשכיר דהוי כמו חצר השותפין שאין קונין זה מזה רק אם גילו דעתם שאחד מסלק את רשותו לגמרי בשעה שקונה הדבר בקנין חצר המושכרת כמו שכתב רבינו בעל מחנה אפרים הנ"ל · ובזה ניחא דברי הרמב"ם בפ"ג מהלכות מכירה וז"ל לפיכך אם הי' בידו של לוקח מושכר למוכר לא תקנו חכמים משיכה · שהרי המקח ברשות הלוקח ומשנתן את הדמים נקנה המקח עכ"ל · והקשה עליו אמאי צריך נתינת הדמים בלא דמים תקנה לו רשותו · ואע"פ שהוא מושכר ביד אחרים · לפי דעת הרמב"ם שהמשכיר קונה את הזבל שמונח בתוכו עיין בדברי רבינו בעל מחנה אפרים בהלכות קנין חצר סימן ג' ששם מבוארת הקושיא הזאת · אך לפי דברינו ניחא דהא התם כבר מושכר החצר להמוכר · משו"ה אינו נקנה המקח להלוקח אע"פ שמונח בתוך החצר שהשכיר · כיון שרוצה לקנות מן המוכר שהוא השוכר · והוי כמו חצר השותפים שאין קונים זה מזה · ושם ליכא שום גילוי דעת · ואין המוכר מסלק את רשותו מן החצר ששכר כדי שיקנה הלוקח הדבר שקנה ממנו · משו"ה כתב הרמב"ם משנתן את הדמים נקנה המקח · ולפי דברינו מתיישב דברי הריטב"א הובא בשיטה מקובצת לב"מ (דף ס"ח ע"ב) ד"ה ואי אגבהינהו בשיסני וכו' · וא"ת ולמה לי הגבהה יקנה לו חצר למלוה כיון שממושכנת אצלו דהא קונין בקרקע מושאל או מושכר · ואין לומר דשאני הכא דהוי אתרא דמסלקי דסוף סוף מקמי דמסלקי זכה לו · ולא גרע מקרקע מושכר או מושאל סתם והנכון דלגבי אינש דעלמא הוא דקני ליה · אבל לגבי בעלים גופייהו לא קני ליה להוצאן של בעלים ובע"כ עכ"ל · דלכאורה צריכין להבין דבריו דהא מקודם דמסלקי זכה לו ובשעה שעתה לא הוי בע"כ של בעלים · דאל"כ אמאי קנה אי אגבהינהו בשיסני בקנין הגבהה · הא לא מצינו שום קנין בע"כ של בעלים וכבר כתבנו בזה הפרט בכמה מקומות · אך לפי דברינו נתיישב זאת · דהוי כמו חצר השותפין ואין קונין זה מזה · רק אם גילה השותף דעתו שמסלק את רשותו ואז יכול לקנות איזה דבר בקנין חצר שהיתה משותפת לשניהם והכא ליכא שום גילוי דעת · לכן אינו יכול לקנות שקנין חצר רק אי אגבהינהו בשיסני אז קנה:

הדרן לדברינו · דכיון שאמר הילך הי' בדעתו להקנות לו הכלי הממושכנת להמלוה כדי שיקנה בהם את המעות המונחים בכלי הממושכנת בתורת חצר ואף לפי הדיעות שהובאו ברמ"א בסימן ר' סעיף ג' דאין קונים כליו של אדם המונחים בסימטא אלא א"כ מדד או עד שיאמר לו זיל וקני · נ"ל דלפי הסברא שכתבנו דכיון דאמר הילך רצונו להקנות לו הכלי · ה"נ רצונו לסלק את רשותו שיהי' שלו לגמרי כדי שיוכל לקנות בו ועיין באחרונים שם שבגילוי דעת בלבד סגי ולא בעינן דוקא שיאמר זיל וקני · עיין בנתיבות המשפט שם · עוד נ"ל לפי מה שכתב הבית שמואל באה"ע סימן קמ"ג ס"ק ז' דיש פוסקים דסוברים אף אי אמרינן נתינה בע"כ לא הוי נתינה · היינו דוקא אם לא בא לרשותו · אבל אם בא לרשותו אף דבא לרשותו בע"כ הוי נתינה · ולמ"ד נתינה בע"כ הוי נתינה אף אם לא בא לרשותו רק רוצה ליתן לו והוא אינו רוצה לקבל אף דלא בא לרשותו הוי נתינה ע"ש · וא"כ הא מבואר בתוס' גיטין (דף ע"ה ע"א) דבלוה כו"ע מודים דנתינה בע"כ הוי נתינה · ולפ"ז בודאי מהני מה שאמר הילך על המעות המונחים בתוך כלי הממושכנת כיון דיחד לו המקום שמונחים המעות ויכול המלוה ליטול את המעות בע"כ של הלוה מתוך כלי הממושכנת · אף אם נימא דאין קונה המלוה המעות המונחים בתוך כלי הממושכנת · מ"מ הא להנך פוסקים אף אם המעות ברשותו של הלוה רק רוצה ליתן לו והוא אינו רוצה לקבל הוי נתינה · ומכל שכן בהא שהמלוה רוצה לקבל והוי פירעון בעלמא · ופטור משבועה דאורייתא · וראיתי להבעל דברי משפט בסימן ק"כ ס"ק א' שמיישב קושית האורים ותומים על דברי הש"ך שם בסימן ק"כ ומתרץ הדברי משפט שהש"ך כתב לפי הנך פוסקים שהבאתי לעיל דפירעון בע"כ הוי פירעון אף אם לא בא לרשותו של המלוה ע"ש תירוצו · ואנכי ראיתי לקצר בזה שלא לכתוב דבריו רק אכתוב מה שאינו מובן לי דבריו · דהא גם בסימן ע"ד סעיף ג' כתב הרמ"א דלוה אינו נפטר באומר לו טול זוזך אף שהם צרורים ומונחים ביד הלוה · ולפי הנראה צריך לומר דידוע בעדים שהמעות המה צרורים דלכאורה בודאי אינו מועיל מה שידוע שהמה צרורים רק עפ"י דיבורו של הלוה · ולמה כתב הרמ"א שהם צרורים · לכן בודאי מיירי הרמ"א שידוע עפ"י עדים שהמה צרורים · וגם פשטא דמלתא בסתימת דברי הרמ"א משמע שידוע בעדים שהמה צרורים · וכיון דגילה דעתו בפני עדים שאינו רוצה להשתמש בהמעות · אמאי חייב אם נגנבו או נאבדו כמו דאינו חייב בנגנבו או נאבדו אם אמר להמלוה שהמה צרורים והתומים לפי סברת הדברי משפט שם:

דין היוצא מפרח זה

דין אם אדם תובע את חבירו מנה והלוה השיב הילך חמישים זוז המונחים בתוך כלי הממושכנת לך על חוב אחר ויותר אין אני חייב לך שטוען שכבר פרע החמישים זוז השניים או שלא הלוה לו מעולם רק חמישים זוז פטור משבועה דאורייתא אף שהחמישים זוז שאמר לו הילך היה תחת ידו בתורת הלואה לא בתורת פיקדון:

פרח ח

אך נ"ל לתרץ קושית האורים ותומים בסימן ע"ד ס"ק ז' שהקשה על הש"ך שכתב בסימן ק"כ ס"ק ג' לתרץ דברי הרמ"א שלכאורה סותרים דבריו אהדדי · ומתרץ דבסי' ע"ד לא אמר הלוה להמלוה שהם צרורים וא"כ שפיר אילו מזדמן עסקא הוי משתמש בהו ולכך חייב · משא"כ לקמן דהודיעו שהם צרורים אי אפשר להשתמש בהם ולכך פטור אם נגנבו או נאבדו אח"כ המעות · והקשה ע"ז האורים ותומים שם דבעלמא כשמוסר לו המפקיד צרורים וקשורים בקשר משונה א"כ כיון דחזינן דהמפקיד מקפיד וצררן שמע מינה דלא ניחא ליה דלשתמש בהו הנפקד ולכך אסור לשמש בהו בלי רצון בעלים והמשנה מדעת בעלים פושע משא"כ כאן בהלואה הא המלוה הנוהו לו א"כ משכן מתחילה לתשמישו רק אח"כ בעת החזרה הלוה צררן וקשרן ורוצה להחזירן למלוה אם כן אי מתרמי ליה זבינא וכי אינו יכול להבא מעשה ידו ולהתיר הקשרים אפילו אלף עזקאן הוא אסר והוא שרי מאן מעכב על ידו שלא עדיין לא הגיעו ליד המלוה וידיו עדיין מסולקות מהם · ונראה לפי עניית דעתי לתרץ דברי הש"ך עפ"י מה שכתב הרא"ש בפרק המפקיד סימן כ"ו בשם הראב"ד דהנאת שימוש אם הפקיד אצלו מעות שאינם צרורים והתומים גרוע מהנאת שימוש של דמי אבידה לפי שירא לשלוח בהן יד לקנות בהן סחורה שמא יבוא המפקיד לתבוע פקדונו · לכן אינו חייב מחמת הנאת שימוש רק כשומר שכר אבל בדמי אבידה יודע שישהא אלו ימים רבים לכן חייב מחמת הנאת שימוש כשואל · ולפי הנראה לתירוץ הרא"ש הזה הסכימו הראשונים עיין בחידושי הר"ן בב"מ (דף כ"ט ע"א) ד"ה ע"כ וכו' ועיין בשיטה מקובצת שם · ולכאורה קשה על דברי הרא"ש מהא דאמרינן בקדושין (דף כ' ע"ב) אמר אביי אם תמצא לומר גואל לאלאין משכחת לה לקולא ולחומרא לקולא וכו' לחומרא זבניה במאתן יהיב מאה פלגי דדמי ואכסיף וקם על מאה אי אמרת גואל לאלאין יהיב ליה תמנין ונפיק ואי אמרת אין גואל לאלאין הנך מאה פיקדון נינהו גבי יהיב להו ניהליה ונפיק וכו' · ומדקאמר

הגמרא הנך מאה פיקדון נינהו וכו' משמע דאם נאנסו המאה מנה ביד הרב פטור דאל"כ ה"ל להגמרא למימר הנך מאה זוזי הלואה נינהו גביה או לכל הפחות שאולים הוו גביה : דכן מדייקי התוס' באלו מציאות (דף כ"ט ע"א) ד"ה והוי שואל עליהו · דהקשו דהוי ליה למימר והוה ליה לוה עליהו כיון דמותר להשתמש בהמעות ומחמת היתר השימוש חייב באונסין וגם אין צריך להחזיר אותן המעות בעצמם אם מותר להשתמש בהם · כדהוכיחו התוס' באריכות בפרק המפקיד (דף מ"ג) ע"ש · וה"נ כיון דמותר להשתמש בהן באותן המאה זוזי שנתן העבד עבור גאולתו · דהא לא נתן לו צרורין וחתומים וחייב הרב אף באונסין מחמת היתר השימוש דהא אדעתא דהכי נתן לו שיהיה שלו ולא יתבע מאיתו שיחזירם לו ואף אם יתבע אותם יכול הרב לומר שהוציאם ואין בידו להחזירם כעת דהא העבד נתן לו באופן זה שיוציא המאה זוז כאלו הן שלו לגמרי ולפי דעתי עדיפא זאת יותר מדמי אבידה דכתב הרא"ש הנ"ל דמחמת היתר שימוש חייב באונסין · ולפי זה קשה למה נקטא הגמרא הנך מאה פיקדון נינהו ה"ל למימר הוי ליה לוה עליהו כדדייקי התוס' בפרק אלו מציאות הנ"ל · ותירוצם שכתבו שם אינו עולה כאן כמובן להמעיין · וכ"ת הא איתא בב"מ (דף ע"ו ע"ב) הכיר בה שאינה שלו ולקחה אמר רב מעות יש לו שבח אין לו ושמואל אמר וכו' רב סבר אדם יודע שקרקע אין לו וגמר ונתן לשם פיקדון וכו' והא דקא אמרה הגמרא וגמר ונתן לשם פקדון ר"ל דכי אתא מרא דארעא דהיינו נגזל ישקול לארעיה ליהוי פיקדון גביה דמסדר ליה ניהלייהו · אבל לא בעי לומר דלהוי תורת פיקדון עליהו ואם נגנב או נאנס פטור דהא ודאי אדעתא לאישתמושי בהו יהיב ליה · ואידך נמי אדעתא דהכי שקל להו ולפיכך הוה תורת מלוה עליהו ומחייב באחריותא · ואעפ"כ נקטה הגמרא וגמר ונתן לשם פיקדון ולא קאמר לשם הלואה · מ"מ נ"ל דהא דדייקינן בקדושין הנ"ל אמאי לא קאמרה הגמרא ליהוי הנך מאה זוזי הלואה גבך שפיר דייקינן ואדרבה מהך דב"מ הנ"ל מוכח דמאי דדייקינן שפיר דייקינן דשם האריכו הראשונים לתרץ אמאי לא קאמרה הגמרא לשם הלואה עיין בשיטה מקובצת שם ד"ה וגמר וכו' ותירוצם אשר כתבו שם אינו עולה בגמרא דקדושין הנ"ל · אי נמי יש לומר · דהתם בבבא מציעא מוכח מהגמרא גופא דהאי דקאמר לשום פיקדון לאו דוקא אלא דר"ל לשם הלואה · ומשו"ה לא דקדק הגמרא לומר לשם הלואה כיון דאי אפשר לטעות ולומר בענין אחר כדכתבו בשיטה מקובצת שם בשם הראב"ד האי וגמר ונתן לשם פקדון דקאמר רב כמו מלוה היא שהרי יכול להשתמש בהם וחייב באחריותן ומשו"ה אם נוטל ממנו שבח הוה ליה רבית וכו' עכ"ל · ועוד קשה לי לכאורה לפי דברי הרא"ש הנ"ל בפרק המפקיד · מהא דאמרינן בשבועות (דף מ"א ע"ב) ההוא דאמר ליה לחבריה כי פרעת לי פרען באפי בי תרי דתני הלכתא אזל פרעיה בין דיליה לדיליה אתניסו הנך זוזי אתא לקמיה דרב נחמן א"ל אין קיבולי' קבלתינהו מיניה דהך פיקדון ואמינא ליהוי גבאי פקדון עד דמיתרמי בי תרי דתני הלכתא ומקיים תנאו · א"ל כיון דקא מודית דודאי שקלתינהו מיניה פרעון מעליא הוי אי אמרת לקיומי תנאיה זיל אייתינהו דהא אנא ורב ששת דתנינא הלכתא וסיפרא וספרי ותוספתא וכולי גמרא עכ"ל · ומדקאמר הגמרא ואמינא להוי גבאי פקדון וכו' דמוכח מזה דלא הוי על המעות רק לכל היותר כשומר שכר ופטור באונסין דהא בהך טענה רוצה לפטור א"ע מן האונסין כדאיתה בגמרא · וגם רב נחמן השיב לו דפרעון מעליא הוי דמשמע מזה דאי לא הוי פרעון מעליא היה צריך לפורעו שנית ומה דאיתניסו הנך זוזי היה פטור המלוה דאם לא כן ה"ל לרב נחמן להשיב רבותא יותר דאף אם כדבריך דלא קבילת לשם פרעון מ"מ אינו צריך הלוה לפרוע לך פעם שנית כיון דמותר להשתמש בהנך מעות ומחמת היתר השימוש הזה חייב באונסין ועדיפא זאת יותר מדמי אבידה לפי סברת הרא"ש הנ"ל בפרק המפקיד · דהא הכא אינו ירא להוציאם אולי יבוא הלוה ויתבע אותו ולא יהיה לו להחזירן · דאף אם יתבע אותו יאמר לו שיהיו הנך זוזי לשם פרעון החוב כדבריו שנתן לו מקודם לשם פרעון ולפי זה חייב המלוה באונסין · ולפ"ז קשה דה"ל לרב נחמן להשיב לו דאף כדבריך חייב אתה באונסין דמזה הוה שמעינן תרתי :- חדא · דחייב באונסין · שנית · דאין צריך לפרעו פעם אחרת · ומדלא אשמועינן רב נחמן הך דינא משמע דרב נחמן אזיל לשיטתו דסובר בפרק המפקיד (דף מ"ג ע"א) דמחמת היתר שימוש אינו חייב באונסין · כדאיתא התם ורב נחמן אמר נאנסו לא · דלא כסברת הרא"ש הנ"ל שרב נחמן סובר דבדמי אבידה חייב באונסין רק גבי אם הפקיד אצלו מעות שאינם צרורים וחתומים אף דיכול להשתמש בהם מ"מ פטור באונסין כדכתבתי לעיל סברת הרא"ש · וכדי לחזק את דברינו יותר · אביא מה שכתב הרא"ש בפרק מציאות האשה סימן כ' מכאן היה רגיל ר"ת כשהיה יושב בדין והיה שומע אחד מבעלי דינים מגזם לחבירו כך וכך ממון תתחייב לי בדין היה מכחישו ואומר לו לא נתחייב לך שאם אין לו לדיין לומר כך מה הוכחתו של רב מגיומי מדאישתיק אמימר עכ"ל · ולפ"ז כש"כ מוכח מהכא מדרב נחמן השיב לו בפירוש כדבריו שאם היו מעות דרך פיקדון פטור באונסין מוכח מזה דמחמת היתר שימוש אינו חייב באונסין אף דעדיפא יותר מדמי אבידה כמ"ש לעיל · ולפ"ז קשה לפי סברת הרא"ש פ' המפקיד הנ"ל אמאי כתב שסובר רב נחמן שבדמי אבידה חייב באונסין · וכדי לתרץ דברי הרא"ש אמרתי להוכיח מזה · דהא ליכא גילוי דעת מהמפקיד שיכול להשתמש בהמעות אסור שנפקד להוציאם · דדוקא אם הפקיד אצלו מעות שאינם צרורין וחתומים דגילה דעתו שיכול להשתמש בהם מדלא צרכן אז מותר להוציאם ואי"ה לקמן אביא ראיה מהגמרא לזה · ולפ"ז ניחא הך דקדושין והך דשבועות הנ"ל · דשם ליכא גילוי דעת שיכול להשתמש בהמעות דבקדושין נתן העבד עבור גאולתו דהיה סובר דנגאל לאלתר משו"ה לא צרכן כשנתן לו ולכן כיון דמדין תורה אין נגאל לאלתר חשבינן להו כפיקדון עיין בדברי הרשב"א בחידושיו לשם ד"ה אי אמרת וכו' · וכיון דליכא גילוי דעת שנותן לו העבד להרב רשות להשתמש בהם : לכן אינו יכול הרב להוציאן והוי כמו שהפקיד אצלו מעות צרורין וחתומין · וכן בהך דשבועות גם שם ליכא גילוי דעת מהלוה שיכול המלוה להשתמש בהם · אף דנתן לו מעות שאינם צרורין · דהא הוא נתן לו שיהיה לפרעון חובו ולא היה יודע דעתו של המלוה שלא מקבל אותם רק דרך פקדון בעלמא · דאם היה יודע זאת נוכל להיות שלא נתן לו כלל משו"ה אם קבלם המלוה כדרך פקדון אסור להוציאם וכיון שכן היה רוצה לפטור המלוה א"ע מן האונסין והשיב לו רב נחמן דפרעון מעליא הוי · אבל אם לא הוה פרעון היה יכול לפטור א"ע מן האונסין · ואף שסברא נכונה היא מצד עצמה · אביא ראיה לזה מב"מ (דף כ"ט ע"ב) אמר רב הונא לא שנו אלא בדמי אבידה הואיל וטרח בהו [פי' אז נתנו לו חכמים רשות להשתמש בהם] אבל מעות אבידה דלא טרח בהו לא · ולפ"ז מוכח דאין זכות לבעל המעות שיוציאן ומחמת זה יתחייב באונסין · דאל"כ למה לא נתנו חכמים רשות להשתמש אף במעות אבידה כדי שיתחייב באונסין דמי שנאבד לו המעות ניחא ליה בכך · וכיון דלא נתנו חכמים רשות להשתמש בהם מוכח לכאורה דאין זכות לבעל המעות בזה אלא ניחא ליה שיהיו מצוין המעות תמיד אצל המוצא · כדי שאם יודע לו היכן המעות יוכל להשיגם תיכף · וכ"ת דאיכא אינשי דניחא להו שלא ישתמשו בהמעות מפני הטעם הנ"ל ואיכא אינשי דניחא להו שישתמשו בהמעות כדי שיתחייבו באונסין · לכן לא נתנו חכמים רשות להשתמש במעות אבידה כיון דאיכא אינשי דלא ניחא להו בזה · אך לפי מה דאיתא בגמרא לעיל מינה ביד רחבה הוה ליה הנהו זוזי דיתמי אתא לקמיה דרב יוסף אמר ליה מהו לאשתמושי בגוייהו א"ל וכו' · והני כמעות אבידה דמו · א"ל זיל לא שבקי לי דאשרי לך עכ"ל הגמרא · מוכח מזה דזכות הוא לאדם שלא ישתמש חבירו במעותיו אף שיפטור מאונסין : דאל"כ במעות של

יתומים

יתומים דאנו הולכין אחר דעת ב"ד דאם ישומו ב"ד שטוב לבני אדם וזכות הוא להם שישתמשו בהמעות כדי שיתחייבו באונסין היה להם ליתן רשות להשתמש במעות של יתומים · אלא ודאי דאין זכות לבני אדם שישתמשו בהמעות אף שיפטרו מן האונסין כדי שיהיו מצויין תמיד אצל האיש שמונחים המעות תחת ידו · כדי שיכול להחזירן תיכף · אם יתבעו ממנו · וכיון דהוכחתי דזכות היא לאדם שלא ישתמשו בהמעות היכא דליכא גילוי דעת בבעל המעות שיכול להשתמש בהמעות אינו יכול להוציאם · ולפ"ז ניחא הך דקדושין והך דשבועות הנ"ל דהם ליכא גילוי דעת מבעל המעות שיכול להשתמש מי שקבל המעות מידו · לכן הוי המעות דינו רק כפיקדון ופטור מאונסין · ולפ"ז ניחא דברי הש"ך הנ"ל מה שמתרץ שדברי הרמ"א לא סתרי אהדדי שבסימן ע"ד לא מיירי שאמר לו הלוה שהמה צרורין · אף שבאמת היו צרורין ומונחים תחת יד הלוה מ"מ כיון שלא אמר להמלוה שהמה צרורין ומונחין יכול להשתמש בהמעות כיון דמקודם הוי המעות גביה בהלואה והמלוה אינו רוצה לקבל ממנו המעות כעת · לכן בודאי דעתו של המלוה שישתמש בהמעות שיהיה נשאר המעות אצל הלוה כמו שהיתה אצלו בתחילה לכן חייב הלוה באונסין · אבל הך דסימן ק"כ הנ"ל מיירי שאמר הלוה להמלוה קח מאתי המעות שהיו בהלואה אצלי ממך שהמה צרורים ומונחים תחת ידי אף דהמלוה אינו רוצה ליקח מאתו מעות מ"מ אסור להשתמש בהמעות כיון דאמר להמלוה שהמה צרורים ומונחים יכול להיות שדעתו של המלוה היה שלא ישתמש בהמעות דבאופן זה לא לקח ממנו שיהיו צרורין ומונחים תחת ידו כמו שאמר לו הלוה וליכא שום גילוי דעת ע"ז שיכול הלוה להוציאם לכן פטור הלוה מן האונסין כן נלפענ"ד ליישב תירוץ הש"ך · ולפ"ז יצא לנו דין חדש אם אחד שלח שלוחו לקבל מעות מחבירו להביאם אצלו · ולא יעוכב ביד השליח שום זמן רק תיכף כשיקבל המעות יביאם אצלו תיכף ומסר וביד מי שהיו המעות אצלו מקודם לא היו צרורים וחתומים לכן מסר ג"כ להשליח כשאינם צרורין וחתומין וכשהביאם אצלו אמר בעל המעות להשליח שיהיו המעות אצלו בפקדון · נלפענ"ד שאסור להשליח להשתמש בהמעות · כי גם הכא ליכא שום גילוי דעת מבעל המעות שיכול להשתמש בהם · כי אולי דעתו היה כמו שהיתה מקודם שאמר לו שיביאם תיכף אצלו שאז רצונו היה שלא ישתמש בהמעות שאם ישתמש יתאחר תחת ידו המעות · ומה שאינם צרורים וחתומים המעות כי מי שמסר לו המעות להוליכם לבעליו לא היה לו לצורכן ולחתמם כי אין המעות שלו ומה איכפת ליה אם ישתמש בהם או לא כי מיד כשמסר לשלוחו נפטר מאחריותן של המעות · ולפי מה שהוכחנו לעיל מב"מ (דף כ"ט) דזכות הוא לאדם שלא ישתמש אדם אחר במעותיו אף שאם אינו משתמש אינו מתחייב באחריות אונסין מ"מ ניחא ליה לבעל המעות שלא יוציאם כדי שאם יתבע אותם יהיה מצוי אצלו להחזירם בלי עיכוב כלל · ובזה ישבתי דברי הרא"ש בפרק המפקיד הנ"ל שלא יקשה עליו מקדושין (דף כ') ומשבועות הנ"ל וגם ישבתי בזה דברי הש"ך בסימן ק"כ הנ"ל · ובזה נלפענ"ד ליישב דברי מהרש"ך שכתב בספר ב' סימן ל"ט מי שהיה חייב מעות לחבירו ובתוך זמן הלך המלוה למדינת הים ובהגיע זמן יש חשש מחמת נפילת המטבע מהני ללוה כשיזכה המעות למלוה על ידי אחר שילך או זכי לפוטרו מאונסין דנפילת המטבע שיגיע · ודמי לשואל בא"פ שחייב בגניבה ואבידה כשהחזירו שלא מדעת אחר זמן השאלה מ"מ פטור מאונסים כמבואר בחו"מ (סימן ש"מ סעיף ח') · א"כ הוא הדין לענין לוה נהי דלא מפטר מחיוב גניבה ואבידה בזיכוי ע"י אחר שלא מדעתו · מ"מ מועיל לפטור מאונס המדינה וכו' והקשה עליו הש"ך (בסימן קכ"ה ס"ק א') דפשיטא דחייב באונסין אע"ג שמסרו ליד אחר ואמר לו שילך או זכי וכדפירש"י להדיא בפ"ק דגיטין (דף י"ד ע"א) על הך סוגיא איתמר הולך מנה לפלוני שאני חייב לו אמר רב וכו' וכדמשמע להדיא מכל הפוסקים שהובאו בטור חו"מ בריש

סימן קכ"ה והיינו טעמא כיון דהלואה להוצאה ניתנה א"כ המעות המה לעולם ברשות הלוה · וא"כ ה"ה לענין אונס המדינה ע"ש שהאריך קצת · ולפי דברינו דלעיל נ"ל ליישב דברי המהרש"ך מה שדחה הש"ך בשתי ידים · בין אם נימא מה שמבואר בתשובות מהרש"ך שבתוך הזמן הלך המלוה למדינת הים כוונתו כיון שהלך למדינת הים דעתו היה לחזור שיבוא לביתו כשיגיע זמן הפרעון ונתעכב במדינת הים מחמת איזה סיבה המונעת אותו מלבוא לביתו · וגם אין לו שום איש אשר ילויהו איך יתנהג במעותיו בביתו והוה רכושו כמו שנטשום בעליהן בע"כ · דומה לזה איתא בב"מ (דף ל"ח ע"ב) נכסי נטושים הרי שהיו אביו או אחיו או אחד מן המורישין הלכו להם למדינת הים ולא שמעו בהן שמת ואמר רבי שמעון בן גמליאל וכו' ופרש"י בד"ה נכסי נטושים וכו' ונטושים שנטשום בעליהן בע"כ וכו' · וכיון שאין אנו יודעים האיך דעתו של המלוה אם ישתמש הלוה בהמעות או לא · נאחר כלות משך ההלואה דלא הי' לו למי לצוות האיך יתנהגו במעותיו כדכתבתי · אף דהלוה אסור להשתמש בהמעות · כיון דאינו ידוע דעתו של המלוה בודאי אומדים דעתו שתיכף כשיכלה זמן ההלואה שלא יוציאן ויהיו מוכנין תחת ידו כדי שתיכף כשיבוא יהיו מצויין להלוה להחזירם לו אף שעל ידי זה יפטור הלוה מאונסין מהמעות שהיו בהלואה אצלו · מ"מ ניחא ליה בזה כדהוכחתי לעיל בראיות ברורות · ואף שאין להמלוה שום זכות במה שזיכו המעות ע"י אחר מ"מ נ"ל כיון שהוכחתי שאסור להלוה להשתמש בהמעות ופטור מאחריות אונסין · זכות הוא להמלוה מה שזיכו ליה ע"י אחר שיהי' המעות שייך לו דאולי יבוא בע"ח אחר ויגבה מהמעות · ולא מצי הלוה לומר שיחדתי המעות לפלוני המלוה · דמ"מ יגבה הבע"ח האחר מאותן המעות כמבואר בחו"מ סימן ל"ט סעיף א' במחבר וברמ"א ע"ש · אף שאכתוב אי"ה לקמן דאם יש עדים שזיכה הלוה המעות לאיזה מלוה פלוני לא יכול לגבות המלוה אחר מאותן המעות · מ"מ אי ליכא עדים שאותן המעות זיכה להמלוה פלוני אינו נאמן אי ליכא מיגו לכ"ע ע"ש בדברי השו"ע והש"ך שם · וכיון דאי ליכא עדים אינו נאמן ולזכות הלוה בעצמו עפ"י עדים הדבר קשה מאוד שידעו העדים שאותן המעות זיכן לפלוני בע"ח · וכיון שכן זכות הוא לבעל המעות מה שזיכה לו ע"י אחר שיהיו המעות שייך לו · כיון שהלוה נפטר באחריות אונסין לאחר שכלה זמן ההלואה · ודמי לשואל המבואר בחו"מ סימן ש"מ סעיף א' הנ"ל · ואף שמבואר ברמ"י הנ"ל ובפוסקים המובאים בסימן קכ"ה הנ"ל שהלוה חייב באחריותן אף שכלה זמן הלואתו · נ"ל דהיינו דוקא שהמלוה הוא בכאן שלא הלך למדינת הים דהלוה יכול להחזירן לו ואדעתא דהכי הלוה לו שיהי' חייב באחריותן אף באונסין עד שיבואו לידו · דכיון דהמלוה הוא בכאן יכול להחזירן תיכף ככלות זמן ההלואה · ולא דמי לשואל דהלואה להוצאה נתנה והמעות המה של הלוה כדכתב הש"ך · והמלוה אינו רוצה לקנותן את המעות עד שיבואו לידו · ולא מצינו קנין בע"כ של הקונה כדכתבתי בזה הפרט בדוכתי טובא · ועיין בקצה"ח בסימן ר' ס"ק ה' · וכיון שכן אינו נפטר הלוה באחריותו של אונסין עד שיגיע לידו · דאדעתא דהכי הלוה לו והמלוה ניחא ליה בזה כיון שיכול להחזירן תיכף כשיכלה זמן ההלואה · משא"כ כשהמלוה הלך למדינת הים · ואין הלוה יכול להחזירם לו כשיכלה זמן הלואתו · כי אינו מחויב לילך למדינת הים כידוע עיין בחו"מ סימן ע"ד בש"ך בריש הסימן לכן המעות מוכרחים להתעכב תחת יד הלוה ונפטר מאחריות אונסין אף דאדעתא דהכי הלוהו לו שיהי' באחריותו עד שיבואו לידו בודאי לא עדיפא מאם הי' תנאי ביניהם מפורש שיהי' חייב באחריותן של המעות עד שיבואו לידו ובתנאי אמרינן בב"מ (דף ע"ט ע"א) ת"ר השוכר את הספינה ונטבעה לה בחצי הדרך רבי נתן אומר אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן היכי דמי אילימא בספינה זו ויין כהס אם נתן אמאי לא יטול נימא ליה הב לי ספינתא דאגא מייתינא חמרא וכו' ופירש"י בד"ה אם נתן לא יטול בתמיה והלא טענת ההובע

בריא וחזקה מטענת הנתבע דאמר הב לי היא ספינתא גופה דהא אמרת לי ספינה זו והא מייתינא כאן אמרת ואוליך למקום שהתניתי דהא אנא יין סתם אמרי · וכיון דבעל היין יכול להשלים תנאו חייב הספן להעמיד לו ספינה עד כאן · אלא בספינה סתם ויין זה וכו' ועיין בחו"מ סימן ש"ה · ולפ"ז היכא דהמלוה במדינת הים והלוה מוכן לקיים תנאו כי מצדו אין שום מניעה רק המניעה הוא מצד המלוה · לכן בכלות זמן ההלואה נפטר הלוה מאונסין ומדמה המהרש"ך לשואל המבואר בחו"מ סימן ש"מ הנ"ל · וגם אם נימא דכוונת מהרש"ך · דאם המלוה הלך בתוך הזמן למדינת הים הוי כמו שליוה שישתמש הלוה במעותיו אף כשיכלה זמן ההלואה · דאם לא הי' ניחא ליה שישתמש הלוה במעותיו הי' לו לצוות קודם שהלך למדינת הים · אלא דעתו הי' שיהי' המעות ביד הלוה כמו שהיתה מקודם · אף שזה דוחק שמן הסתם כוונת מהרש"ך כפי מאי דאיתא בגמרא בפרק המפקיד הנ"ל · מ"מ אייתב אף אם נימא דכונת מהרש"ך הוא כמו שכתבתי באופן ב' · ומ"מ ניחא דברי מהרש"ך לפי מאי דאיתא בב"מ (דף ל"א ע"ב) איסר ורב ספרא וכו' (ובדף ס"ט ע"א) הני תרי כותאי דעביד עיסקא בהדי הדדי אזל חד מינייהו פליג זוזי בלא דעתו דחבריה אתו לקמיה דרב פפא · א"ל מאי נפקא מינה הכי אמר רב נחמן זוזי כמאן דפליגי דמי וכו' · וכה"ג ודאי צריך לאודועי זוזי מי שקל טבי ושביק חסריה וכו' · וכן פסק בשו"ע בסימן קע"ו סעיף י"ח · ולפ"ז נראה לי אף שמבואר ברא"ש בב"ב (דף פ"ה) בהמוכר את הספינה סימן ט"ז וברשות מוכר לא מהני קבלה וכו' · משום דמוכר לא מצי אקנויי לחבירו ללוקח לזכות לו בנכסי המוכר אם לא בשכירות או בקנין כדאשכחן בעובדא דר"ג דאמר מקומו מושכר לו · אבל בדיבור בעלמא לא הי' יכול להקנות לו המקום כדי לזכות במה שנתן לו ר"ג · וה"נ אמר בפרק חלון (דף ע"ט) גבי עירוב ומזכה לו ע"י בנו ובתו הגדולים אבל לא ע"י בנו ובתו הקטנים · אלמא דאינו יכול לזכות רשותו לאחר ע"י עצמו הביאו הסמ"ע בסימן ר' ס"ק ה' · וכה"ג כתב הרא"ש בפרק הגוזל עצים סימן י"א אין אדם זוכה בשלו לאחר אם לא יזכה לו ע"י אחר וכו' עכ"ל · ולפי דברי הרא"ש לכאורה אינו יכול לזכות הלוה שיהי' המעות הללו שייכים למלוה פלוני · דכיון דמלוה להוצאה נתנה הוי כשלו ואינו יכול לזכות בשלו להמלוה כי אם ע"י אחר · מ"מ נ"ל אף דאינו מיוחד דהמעות הללו שביד לוה שייך להמלוה כיון דלהוצאה נתנה · מ"מ מעורב בתוך נכסיו של הלוה מעותיו של המלוה דהא כל נכסיו אחראין לחוב זה · ולא גרע משותף דיכול לחלוק השותף בהמעות שלא מדעת חבירו כדכתבתי לעיל · ה"נ יכול הלוה לברר שאלו המעות הוא של המלוה ואין זה כמזכה איזה דבר משלו ע"י עצמו לאחר · דזה רק גילוי מילתא בעלמא שמגלה שהמעות הללו המה של המלוה · ולפ"ז נראה מה דכתב מהרש"ך שאם הלך המלוה למדינת הים שיכול הלוה לזכות מעות ההלואה ע"י אחר שיהי' של המלוה ונפטר בזה מאחריותן של אונסין דהא כבר כתבתי שיכול הלוה לזכות ע"י עצמו ומכש"כ ע"י אחר · ומה שהצריך מהרש"ך לזכות ע"י אחר הוא רק לפטור את הלוה משבועה משום דהמלוה יכול לומר לו את לא מהימנית לי אולי לא זכית את המעות לי ע"י עצמך ואתה חייב באחריותן של המעות אף באונסין · לכן הצריך מהרש"ך לזכות ע"י אחר שיהי' האחר עד המסייע לפטור אותו משבועה · וכ"ת הא מבואר בביאורי הגר"א בסימן נ"ט ס"ק ה' שכתב על מה שמבואר שם במחבר ואם נראה לו ממון [הג"ה קודם שנשבע או] אחר שנשבע שבועה זו [הג"ה או שהיו שטרי חובות כתובים על שמו בידו ע"כ] ואמר של אחרים הוא [הג"ה או שאמר יחדתי לאחרים שאני חייב להם ע"כ] או עסק הוא בידי אין שומעין לו עד שיביא ראי' וכתב ע"ז בביאורי הגר"א שמה שכתב הרמ"א או שאמר יחדתי זה בלאו הכי לאו כלום דמלוה להוצאה נתנה וברשות בעלים קאי כמ"ש בקדושין מ"ז א' ב' עכ"ל · דמשמע מדבריו דאף אם יש עדים שזיכה המעות הללו למלוה פלוני לא מהני · אך נ"ל דאין כוונת ביאורי הגר"א כן דהמעיין בתשובת הרא"ש שממנו נובע דין זה שכתב בכלל ע"ט סי' י"א ראובן חייב מעות לשמעון ואין לו לפרוע אלא שטרות · ואומר כי מקצת השטרות הן מיוחדים ללוי שהלוה לו מעות וכו' · והיחוד שיחד לו אינו כלום דמלוה להוצאה נתנה אפי' יש לו מעות מוכנים אין יכול לומר של פלוני הן כל זמן שלא באו לידו וכו' עכ"ל · ומדשינה הרא"ש בלשונו שעל השטרות כתב והיחוד שיחד לו אינו כלום וכו' ובמעות מוכנים כתב אינו יכול לומר של פלוני הן וכו' · משמע מזה דעל שטרות לא שייך רק לשון יחוד · דאינו יכול לומר דזיכוי השטרות הללו שיהו שייכים למלוה פלוני דשטרות אינם ניקנים כ"א בכתיבה ומסירה · לכן כתב הרא"ש רק לשון יחוד ומפני זה כתב דלא מהני היחוד דמלוה להוצאה נתנה · והמעות הם של הלוה השני לגמרי לכן לא מהני היחוד ואם לא הי' מלוה להוצאה נתנה אפשר דנוכל לומר דיחוד של השטרות מהני דהוי כמו שיחד המעות אבל כיון דלהוצאה נתנה בודאי לא מהני · אבל במעות מוכנים כתב הרא"ש אינו יכול לומר של פלוני הן · ולא כתב שיחד המעות דמשמיעינו רבותא יותר אף אם אומר הלוה שזיכה המעות הללו שיהיה שייך למלוה פלוני דמהני מה שזיכה ע"י עצמו כמ"ש והמה של המלוה לגמרי · מ"מ אינו נאמן במקום שחב לאחרים כדמסיק הרא"ש אח"כ ודאי אם הי' לו עסקא בידו נאמן לומר אלו מעסק של פלוני הם במגו שנותנם לו בפרעון חובו · דמשמע מזה דמה שכתב מקודם אפי' יש לו מעות מוכנים אינו יכול לומר וכו' · הוא מחמת דאינו נאמן במקום שחב לאחרים דעל זה כתב דבר והיפוכו שאם הי' עסקא בידו וכו' נאמן וכו' · ולפ"ז אדרבה משמע מתשובות הרא"ש דאם יש עדים שזיכה שיהי' המעות הללו שייכים למלוה פלוני מהני ואין יכול מלוה אחר לגבות חובו מהן · לכן נ"ל דמה שכתב בביאורי הגר"א זה בלאו הכי לאו כלום וכו' · הוא משום דנקט הרמ"א לשון או שאמר יחדתי וכו' משמע ליה לביאורי הגר"א דקאי על מה שכתב מקודם או שהיו שטרי חובות וכו' דבתשובות הרא"ש ג"כ קאי לשון היחוד על שטרות כדכתבתי · לכן כתב בביאורי הגר"א שבלאו הכי לאו כלום אפי' יש עדים שיחד לו השטרות אינו כלום · כן נ"ל כוונת ביאורי הגר"א ע"כ כל מה שכתבתי באופן השני אף שמצד הסברא דברים נכונים המה מ"מ לא מצאתי ראי' ברורה לדברי והאופן הראשון שכתבתי כוונת מהרש"ך תרילו ובריריה לי · כי לפי קוצר דעתי יש ראיות נכונות לזה ובפרט כי באופן הראשון כונת מהרש"ך כפי מה דאיתא בגמר' בפ' המפקיד הנ"ל · ואחזק עוד את דברי מה שכתבתי באופן הראשון · שאף אם נימא דדעתו של המלוה הי' שישתמש בהמעות כמו שהיתה אצלו מקודם בהלואה מ"מ כיון דכבר הוכחתי מפרק אלו מציאות (דף כ"ט) הנ"ל ומפרק דקדושין ומשבועות הנ"ל ומיושב בזה דברי הרא"ש בפרק המפקיד הנ"ל · דזכות הוא לאדם שלא ישתמש באיש שמונחים המעות תחת ידו בהם אף שיפטור זה מאחריות אונסין אם לא ישתמש בהם מ"מ ניחא ליה בזה יותר שלא יוציאן בכדי שיהיו מצויין אצלו שאם יתבע את המעות יהיו מוכנים בידו להחזירן · אף אם נימא שדעת המלוה הי' קודם שהלך למדינת הים שישתמש הלוה במעותיו לאחר כלות הזמן ההלואה כמו שהיתה מקודם אצלו · מ"מ כיון דלכל העולם אין זכות להם ולא ניחא להו שישתמש אזלינן בתר דעת אינשי דעלמא ולא אזלינן בתר דעתו · וראי' לזה מדאמרינן בעירובין (דף פ"א ע"ב) דתנן בארבע פרקים אלו משחיטין את הטבח בע"כ ואפילו שור שוה אלף דינר ואין ללוקח אלא דינר אחד כופין אותו לשחוט לפיכך אם מת מת ללוקח ופריך הגמרא מת ללוקח הא לא משך וכו' א"ר שמואל בר יצחק לעולם בשלא משך הכא במאי עסקינן בשזיכה לו ע"י אחר בד' פרקים אלו דזכות הוא לו זכין לו שלא בפניו · בשאר ימות השנה דחוב הוא לו אין חבין לו אלא בפניו · ופירש"י ע"ז בד"ה זכות הוא לו · להוציא מעות ולקנות בשר שהכל דרכן בכך ואח"כ מתחיל הדיבור חוב הוא לו שמוציא הוצאות ·

הרי

הרי מוכח מכאן אף דגילה דעתו שזכות הוא לו מה שלאחר אנשים מיקרי חובה אין יכולים לזכות ע"י אחר דאזלינן בתר דעת אינשי דעלמא מה שלהם מיקרי זכות יכולים לזכות ע"י אחר · אך בזה נחלקו גדולי קדמאי שכתב הגהת אשרי פ"ק דגיטין בסימן י"ג דמשום דגילתה דעתה שהיא רוצה בגירושין משום איבה שביניהם מעתה זכות הוא לה ושליחות גמור הוא מאחר שנתרצה לעשות שלוחו וכו' עכ"ל ועיין בתרומות הדשן סימן רל"ז ובפסקיו סימן מ"ג · ולפ"ז לא אזלינן בתר דעתם של אינשי דעלמא אך הולכין אחר דעתו אם רצונו לזה מיקרי זכות ויכולין לזכות ע"י אחר · אך דעת הר"ן בתשובותיו סימן מ"ג שהביא בשם הירושלמי פרק התקבל דגרסינן התם בכל אתר אתמר התקבל כזכה והכא איתמר התקבל כהילך שמא הוא שזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו השיב ר' שמאי הגע עצמך שהיתה צווחת להתגרש אני אומר שמא חזרה בה וכן כתב בחידושי הרשב"א וכו' עכ"ל הובא דעתם בא"ע סימן ק"מ סעיף ה' ברמ"א · הרי חזינן דדעתם של הרשב"א והר"ן דאזלינן בתר דעתם של אינשי דעלמא ומה שזכות הוא להם יכולים לזכות ע"י אחר שלא בפניו ומה שחוב הוא להם אף שאם אדם אחד גילה דעתו שזכות הוא לו אין יכולים לזכות ע"י אחר שלא בפניו · ולפ"ז יכולים לומר דמהרש"ך סבירא ליה כדעת הרשב"א והר"ן · וכיון שהוכחתי דדעתם ורצונם של בני אדם שלא ישתמש בהמעות של אחרים המונח תחת ידו אף שאם לא ישתמש בהמעות יהי' פטור מאחריות אונסין על המעות דרצונם שיהיו מצויין תמיד המעות תחת ידו כדי שיהי' מוכנים להחזירם אם יתבעו הבעלים מאיתו וכל זה הוכחתי לעיל בראיות ברורות · לכן כתב מהרש"ך שפיר דאם הלך המלוה למדינת הים בתוך הזמן יכול הלוה לזכות המעות ע"י אחר כשיגיע זמן הפירעון כדי שיהי' נפטר מאחריות אונסין של פיסול המטבעות דזה מיקרי זכות שלא ישתמש הלוה בהמעות כמו שכתבתי וגם היא זכות שלו שיוציאם הלוה מתחת ידו כדי שלא יבוא מלוה אחר לגבות מהמעות הללו כדכתבתי לעיל באריכות עיין שם · וכיון שיישבתי קושית הש"ך על מהרש"ך דמשום הכי דחה אותו שלא לפסוק כמותו ומעתה במיושב קושיות הש"ך בטוב טעם ודעת לפי קוצר דעתי יכולים לפסוק כמהרש"ך ובפרט שהלוה מוחזק :

דינים היוצאים מפרח הזה

א דין אם אדם אחד שלח שליח לקבל מעות שמונח תחת יד חבירו ואינם צרורים וחתומים להביאם אצלו תיכף בלי שום עיכוב כלל וכשהביא השליח אצלו אמר שהיה תחת ידו בפיקדון אסור להשליח להשתמש בהמעות להוציאם לצורכו אף שאינם צרורין וחתומין · מ"מ כיון דליכא גילוי דעת בהמלוה שישתמש בהמעות אסור · ולא דמי למפקיד מעות שאינם צרורין וחתומין דמותר להנפקד להשתמש בהמעות · דהתם איכא גילוי דעת מהמפקיד שיכול להשתמש דאל"כ הי' צוררן וחותמן כמבואר בפוסקים בסימן רנ"א · משא"כ הכא דליכא גילוי דעת מיד המשלח שיכול השליח להשתמש בהמעות · דמה שמסר לו הנפקד כשאינם צרורים וחתומין כיון שהוא ממון של אחרים · לא איכפת ליה לצררן ולחותמן ושארי הדברים מבוארים בפנים ע"ש :

ב דין אם המלוה הלך בתוך הזמן למדינת הים יכול הלוה לזכות ע"י אחר כשיכלה זמן הלואתו כדי שיפטור הלוה מאחריות אונסין על המעות כתשובת מהרש"ך ספר ב' סימן ל"ט ומה שהקשה עליו הש"ך בסימן קכ"ה ס"ק ח' ומחמת זה דחה אותו שלא לפסוק כמותו כבר ישבתי אותו בטוב טעם ודעת כמבואר בפנים · אך באופן אם יסכימו רבותי עמי על שני הדינים האלו :

פרח ט

ולפי דברינו בפרח הקודם שיכול הלוה לזכות על ידי עצמו שיהיו המעות הללו שייכים למלוה פלוני ואין בעל חוב אחר יכול לגבות מהמעות הללו · לא יתכן תירוץ של רבינו בעל דברי משפט שכתב בסימן ק"כ ס"ק ב' לתרץ קושיית נתיבות המשפט שהקשה על המרדכי מפרק החובל ע"ש ויובן מאליו שאין יכולין לתרץ כבעל דברי משפט · אך צריכין אנו לתרץ כמו שמתרץ הנתיבות המשפט בסי' שמ"ד ע"ש · אך הקשו עוד על דברי המרדכי כמה קושיות ואעתיק לשון המרדכי ואלקט את קושיותיהם אחת לאחת ואתרץ כפי מה שחנני ה' וז"ל המרדכי בפרק החובל פי' ר"י מעשה בראובן שהלוה עשרה ליטרין לשמעון לזמן קצוב ואחר זה אמר ראובן לשמעון אותם עשרה ליטרין שאתה חייב לי יהיו לך למחצית שכר וכבר נתעסק שמעון בהם ונאנסו · נראה דשמעון חייב באונסין כאשר בתחילה כי אין המעשה נשתנה בחליפות דברים · וראיה מפרק החובל האומר קרע כסותי ושבור כדי חייב ורמינהו עלה לשמור ולא לקרוע ואמר רבא לא קשיא הא דאתא לידיה בתורת שמירה וכו' · אלמא היכא דאתא לידיה בתורת שמירה ואע"ג דהדר ביה ואמר ליה לקרוע לאו כלום הוא ובתורת שמירה קאי ה"נ בתורת מלוה קאי ולא משתנה לעיסקא וכו' עכ"ל · והקשה עליו הבעל מחנה אפרים בהלכות שומרים סימן כ"א ובעל נתיבות המשפט סימן שמ"ד ס"ק א' ובעל דברי המשפט שם דדברי המרדכי תמוהים הם מאוד דמה שהביא המרדכי ראיה מקרע כסותי דאחר שבא לידו בתורת שמירה דחייב · תמוה מאד שאדרבה משם מוכח להיפך · דשאני התם בהדי' דאם אמר ע"מ לפטור דפטור ואינו חייב רק כשלא אמר לו ע"מ לפטור · והיכי כתב כאן דאחר שקיבל לשמור לא מצי לאתנויי בדברים משמע דאפי' תנאי גמור דעל מנת לפטור לא מהני · זה תורף דבריהם · ובתחילה אמרתי לתרץ · דגבי עשרה ליטרין לא אמר בפירוש שיהיה פטור מאחריות אונסין רק אמר שיהיה למחצית שכר · ואם נאמר דמעשה נשתנה בחליפות דברים הוי כמו שלא בא מעולם לידו עשרה ליטרין בתורת הלואה רק בעסקא ופטור מאונסין ואי אמרינן דאין מעשה משתנה בחליפות דברים נמצא שהעשרה ליטרין המה בתורת הלואה כמו שהיתה מקודם אצלו · ואין יכול ליטול הריוח מה שיעלה מהעשרה ליטרין אם מתעסק בהם הלוה דהוי ריבית · ולפ"ז הוי מחילה בטעות מה שמחל לו אחריות אונסין · דאדעתא דהכי מחל לו אחריות אונסין כדי שיטול הריוח מהעשרה ליטרין אם יעלה וכיון דהדין שאין המעשה משתנה בחליפות דברים ואינו יכול ליטול הריוח הוי מחילה בטעות לכן כתב המרדכי שחייב באחריות אונסין ולא דמי כלל למאי דאיתא במשנה קרע כסותי על מנת לפטור שפטור ואף שדברי המרדכי מתורצים לפי דברינו בטוב טעם · מ"מ מה אעשה לדברי הרמ"א בכמה מקומות ואחד מהם בסימן שמ"ד שכתב על דברי המחבר טען השואל וכו' ואם התנה שלא ישבע או שלא ישלם אם נגנבה או נאנסה הכל לפי תנאו והגיה ע"ז הרמ"א אפי' וכו' ודוקא דאתניה קודם שבאה השמירה לידו · אבל לאחר שנשתעבד נפשיה לא מצי לאתנויי בדברים בעלמא [מרדכי פ' החובל] עכ"ל וכוונתו להמרדכי הנ"ל · וכן מבואר בדרכי משה · והתם לא שייך למימר שמחילה בטעות היא דמשו"ה לא יוכל להתנות בדברים בעלמא :

לכן נ"ל לתרץ דברי המרדכי בדרך אחרת · דכוונת המרדכי הוא כך · שאם מחל לו השיעבוד של השומרים שמסר לו לשמור את כסותו שמחויב כל שומר ושומר כפי מה שהוא ושומר שכר חייב בגניבה ואבידה ושואל חייב באונסין · בודאי לא מהני אם מחל הבעה"ב השיעבוד של השומרים כי אין המעשה משתנה בחליפות דברים ומייתי המרדכי ראי' לזה מקרע כסותי וכו' · אלמא היכא דאתא לידיה בתורת שמירה ואע"ג דהדר ביה ואמר לו לקרוע לאו כלום הוא · ובתורת שמירה קאי וכו' משו"ה יכול להיות שאף אם פטר בפירוש את הלוה שלא יהיה חייב באחריותו ג"כ לא מהני

דהשעבוד

דהפטור הוי כמו שמחל לו שיעבודו ומחילת השיעבוד לא מהני · ומה דאיתא במשנה שאם אמר על מנת לפטור שפטור · נלפענ"ד שאינו מובן לי מה שהרעישו הגדולים חקרי לב הכא על זה · שלפי דעתם הגדולה מדמין פטור השומרים מלשלם כגון שומר שכר אם נגנבה או נאבדה שיהיה פטור מלשלם · ובודאי אם נאנסה יהיה פטור מלשלם למה דאיתא במשנה שאם אמר לו קרע כסותי על מנת לפטור שפטור מלשלם : ולפי עג"ד לא דמי כלל דהנה התוס' הקשו על מה דאיתא בגמרא סוף פרק החובל שבור את כדי קרע את כסותי חייב ורמינהו לשמור ולא לאבד לשמור ולא לקרוע וכו' · מאי קושיא דע"כ לא שמענו אלא שכל שלא מסר לו לשמור אינו בדין השומרים ואם פשע פטור · אבל בשקרעו או אבדו במתכוון ובידים מנא לן · ואח"כ מצאתי ג"כ הקושיא בחידושי הרשב"א שם · ותירץ בשם הראב"ד ז"ל דאם לא שלח ידו במלאכת רעהו כתיב באותה פרשה ועל הכל אמרה תורה מסרה לו לקרוע פטור עכ"ל · ותירוצו של הראב"ד ז"ל אינו מועיל רק כשמסר לו על מנת לקרוע · אבל כיון דמסיק הגמרא דאם אתי לידו בתורת שמירה אינו מועיל מה שאמר אח"כ שבר את כדי קרע כסותי דבתורת שמירה קאי · דאין השכל נותן שיהא שום סברא שאם קרע כסותו או שבר את כדו בידים דפטור · דבודאי לא גרע מאדם אחר שבא ושבר את כדו או קרע את כסותו דחייב דזה אינו נוגע כלל לדין שומרים וחייב מדין מזיק · לכן אם פטר אותו מלשלם אם קרע כסותו או שיבר את כדו בידים · לא קאי המחילה על שיעבודו שחל עליו כשקבל על עצמו לשמור · דהא המחילה קאי על מה שיזיק אותו בידים · והוי כמו שאומר לאדם אחר שאם יקרע כסותו שיהיה פטור מלשלם · משו"ה איתא במשנה שאם אמר על מנת לפטור שפטור מה שא"כ כשפטר להשומרים מאחריותם כל שומר ושומר לפי דינו הפטור הוי שמוחל לו השיעבוד אף שאמר לו שיהיה פטור מלשלם · מ"מ הוי כמחילת השיעבוד כיון דאם לא היה שומר לא היה צריך לפטור אותו אם יגנב או יאבד או כדומה לזה רק החיוב בא מצד שהוא שומר · לכן אם פטר אותו מלשלם אם יגנב או יאבד הוי כמו שמחל לו שיעבודו שחל עליו בעת שקבל על עצמו לשמור כיון שהחיוב בא מכח השיעבוד של השמירה · משא"כ בקרע כסותי על מנת לפטור שפטור · התם אין החיוב בא ממה שקבל על עצמו לשמור רק חייב מצד אדם המזיק · אם קרע כסותו בידים לכן אם אמר לו על מנת לפטור אם יקרע אותו בידים לא קאי כלל שמוחל לו שיעבודו של שמירה · רק הוי כמו שמחל לאינש דעלמא שאם יקרע אותו בידים שיהיה פטור · ולפי דרך זה יכול לסבור גם הרמ"א ויכול להיות שאבאר דברי הרמ"א אי"ה לקמן לאחר שאסיים ליישב ראיה שניה של המרדכי · וכיון שישבנו שלא יקשה על המרדכי ממילא ראייתו מוכנת דמייתי ראיה מהא דאמר רבא לא קשיא הא דאתא לידיה בתורת שמירה וכו' · ואם נאמר דמעשה נשתנה בחליפת דברים מה בכך אם אתא לידיה בתורת שמירה כיון דאמר אח"כ קרע כסותי וכו' הוי כמו שבא לידו שלא בתורת שמירה · אלא ודאי דאין מעשה משתנה בחליפות דברים :

עוד הקשו הגאונים הנ"ל · על הראיה הב' של המרדכי לדינא שאין המעשה משתנה בחליפות דברים · וז"ל ועוד דאמרינן בפרק הפועלים מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה ; ושואל להיות פטור מלשלם וכו' ופריך בגמרא ואמאי מתנה על מה שכתוב בתורה הוא · ומסיק לעולם ר"מ הוא ושאני הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשיה משמע הא שיעבד נפשיה לא מצי מתנה עכ"ל · והקשו הגאונים הנ"ל דהגמרא לא קאמרה זאת רק לר"מ דאמר מתנה על מה שכתב בתורה תנאו בטל ואנן קי"ל כרבי יהודה דאמר דבדבר שבממון תנאו קיים · כמבואר במרדכי שהביא את לשון הגמרא · ולפענ"ד נראה ליישב דברי המרדכי · דהנה

לכאורה קשה על הגמרא דב"מ כמה קושיות הדא אמאי דאיתא במשנה (דף צ"ד ע"א) מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה והשואל להיות פטור מלשלם נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם וכו' עכ"ל המשנה · אמאי נקטה המשנה לשון עתיד להיות פטור משבועה וכו' · ולהיות פטור מלשלם ה"ל להמשנה לשנות שפטור מן השבועה או שפטור מלשלם · שפטור משמע שהפטור הוא מהשתא שהוא פטור מן השבועה או שהוא פטור מלשלם · שנית קשיא לן · דפריך הגמרא · אמאי פטור הא הוי מתנה על מה שכתב בתורה ותנאו בטל כדתניא האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה הרי זו מקודשת ותנאו בטל דברי ר"מ וכו'. והוכיח הגמרא דהמתניתין אתיא כר"מ ע"ש בסוגיא כי קצרתי · ומשני הגמרא אלא כולה ר"מ היא ושאני הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשיה · ולכאורה קשה מאי דהקשו הראשונים דהא גבי קדושין ג"כ שאם קידש את האשה ע"מ שאין לך עלי שאר וכו' ג"כ לא שיעבד נפשיה שעל מנת כן קידשה שלא יחול עליו החיוב של שאר כסות ועונה עי' בשיטה מקובצת שם ובתוס' כתובות (דף נ"ו) ד"ה הרי זו וכו' וגם רש"י בב"מ שם מהפך מאד ליישב זאת · ודבריו צריכין הבנה לפי קוצר דעתינו : וגם הראשונים נתקשו בדברי רש"י ז"ל עי' בשיטה מקובצת שם · שלישית · מאי דדקדקו הגאונים הנ"ל מדברי הגמרא · דאמר שאני הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשיה ולא קאמר הכא במאי עסקינן כגון דמעיקרא לא שיעבד נפשיה אלא ודאי דפסיקא ליה להש"ס דאי אפשר להתנות כלל רק מעיקרא אפי' לרבי יהודה דס"ל דבדבר שבממון תנאו קיים · וצריכין להבין אמאי צריכין למימר לר' יהודה זאת · וליישב זאת אמרתי דהגמרא לא הקשה אמאי מתנה על מה שכתוב בתורה אלא ללישנא קמא דרבא דאיתא בב"ק (דף קי"ב ע"א) איכא דמתני לה ארישא ולהך לישנא ס"ל רבא דחיוב אונסיה משעת שאלה מוטל על השואל · כן פירש"י שם וכן פירשו כל הראשונים והאחרונים משו"ה פריך הגמרא דכיון דנתחייב באונסין משעת שאלה וכן כל שומר ושומר מתחייב באחריות משעה שנעשה שומר · איך מצי להתנות עם השומר שיהיה פטור מאחריות · אבל להך לישנא בתרא דרבא דמתני לה אסיפא וכן ס"ל לרב פפא ע"ש דלא רמי חיוב אונסין עד שיאנסו · וכן כל שומר ושומר לא חל עליו חיוב האחריות עד שיארע היזק לא פריך הגמרא שיהיה תנאו בטל משום שמתנה על מה שכתוב בתורה : דלא דמי כלל למקדש את האשה על מנת שאין לך עלי שאר וכו' · דהתם דקדושי אשה נכתב בתורה חל החיוב של שאר כסות ועונה תיכף כשקידשה אף רגע אחת לא חלו הקדושין בלא חיוב זה כידוע לכל יודעי דת ודין · לפ"ז אם התנו שקידשה על מנת כן שלא יחול עליו החיוב של שאר וכו' מתנה על מה שכתוב בתורה ותנאו בטל לר"מ · אבל בשומרים כיון שאין חל החיוב אחריות עד שיארע ההיזק לפ"ז התחיל חיוב השמירה קודם שחל החיוב אחריות וגם יכול להיות שלא יחול החיוב הזה כלל לעולם שלא יארע היזק בדבר שקיבל עליו לשמור · נמצא לפ"ז שיכול להיות דיני שמירה אף שלא יחול עליו חיוב אחריות על השומר כלל · לכן לא תליא זה בזה לפיכך אם מתנה השומר שלא יחול עליו חיוב אחריות מהני אף לר"מ · כיון דאין תלויים זה בזה · רק פירכת הגמרא קאי ללישנא קמא דרבא איך ניחא המתניתין אליביה דהך לישנא כדכתבתי לעיל · משו"ה משני הגמרא שאני הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשיה · פי' לפי מה דכתיב בשיטה מקובצת בשם הריטב"א ז"ל (בדף צ"ז ע"ב) לב"מ בד"ה שמעת מינה וכו' ובאותו דיבור והרמב"ם ז"ל כתב וזה לשון הריטב"א ז"ל וכו' דהא ליתא אפי' למ"ד התם דשואל מחייב משעת משיכה לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר · דהא ודאי כל כמה שהיא בחיים כל היכא דאיתא ברשותה דמרה איתא וליכא על השואל שום חיוב אלא לומר דלכי נגנבה או נאנסה ואיתא חיובא עליה משתעבדו נכסיה

למפרע

למפרע משעת משיכה · ונפקא מינה למי שמכר נכסיו בנתים או דשיא דהניח לבן אביהן פרה בשאולה · כדאיתא בפרק הגוזל · מ"מ כל באומר איני יודע אם שאולה מתה אם בכורה מתה הרי הוא כאומר איני יודע אם נתחייבתי לך ונשתעבדו לך נכסי או לא נתחייבתי לך ונכסי לא נשתעבדו לך כלל עכ"ל · ולפי דעתי סברת הריטב"א הוא כך · שכל זמן שלא נגנבה או נאנסה לא נשתעבדו נכסי השומר · דכיון דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתה אין מן הצורך שיחול השיעבוד על נכסי השומר · אלא לומר דכי נגנבה או נאנסה ורמי חיובא עליה משתעבדו נכסי למפרע משעת משיכה כפי מה שמבואר בריטב"א · ולפ"ז משני הגמרא שאני הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשיה · פי' אף לליסנא קמא דרבא לא חל השיעבוד מעיקרא על נכסי השומר · כיון דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא רק כשיארע ההיזק חל השיעבוד למפרע כדכתב הריטב"א ז"ל ומשו"ה לא דמי כלל לקידושי אשה על מנת שאין ליך עלי שאר וכו' · דהתם תיכף בעת הקדושין חל עליו חוב שאר כסות ועונה ותלוין זה בזה כדכתבתי לעיל · משא"כ הכא שחל על השומר דיני שמירה קודם שחל עליו השיעבוד של אחריות ויכול להיות שלא יבוא לידי חיוב כלל כגון אם לא יארע היזק משום הכי מצי להתנות שלא יחול עליו השיעבוד כלל אף לבסוף אף כשיארע ההיזק · ולפ"ז מדוקדק לישנא דגמרא דמעיקרא דלבסוף יש שיעבוד · ומשו"ה לכאורה ניחא לישנא דמתניתין להיות פטור משבועה ולהיות פטור מלשלם בלשון עתיד · שלא יוכל למנקט במתניתין שפטור מלשלם או שפטור משבועה דהפטור הוא מהשתא · דהא מעולם לא חל עליו החיוב כלל · אך עדיין לא ניחא דלעולם יכולה המשנה לשנות שפטור משבועה או שפטור מלשלם כיון דהתחיל השיעבוד מכבר ובלי השיעבוד דמעיקרא אינו חל השיעבוד שלבסוף שישתעבדו נכסים למפרע · לכן יכולה המשנה לתנויי בלשון עבר שיהי' קאי הפטור על התחלת השיעבוד · וכיון שפטור מתחילת השיעבוד אינו יכול לגמור השיעבוד לכן הביא המרדכי ראי' מדנקטא המשנה הפטור בלשון עתיד · מוכח מזה דאין המעשה משתנה בחליפות דברים · לכן לא יכלה המשנה לתנויי שפטור בלשון עבר שיהי' הפטור קאי על השיעבוד כיון דאין המעשה משתנה בחליפות דברים ולכן נקטא המשנה הפטור בלשון עתיד שיהי' קאי הפטור על חיוב לא על השיעבוד :

אך עדיין צריכין אנו לברר · כיון דחיוב מכח השיעבוד דמעיקרא קא אתיא · אף אם מתנה שיהיה הפטור על החיוב ממילא קאי הפטור על השיעבוד ומחליף את המעשה ממה שהיה מקודם · אך אם נימא דהמרדכי סובר כדעת הריטב"א הנ"ל ניחא · דאף ללישנא קמא דרבא לא נשתעבדו נכסי השומר על אחריות דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא רק אם יארע ההיזק נשתעבדו נכסי השומר למפרע · לפ"ז יכול להיות שלא יהיה שום שיעבוד נכסים על השומר אם לא יארע היזק · ופשיטא דלא יהיה שום חיוב על השומר כלל כדכתבתי לעיל באר היטיב דזה כוונת תירוץ הגמרא אליביה דר"מ · ה"נ אליביה דר' יהודה דס"ל דבדבר שבממון אדם יכול להתנות על מה שכתוב בתורה וכוותיה פסקינן ג"כ צריכין לומר כן דמשו"ה מתנה שומר חנם וכו' שיהיה פטור משבועה או שומר שכר להיות פטור מלשלם · דכיון דאף לפי מה שהיה מקודם התנאי לא נגמר השיעבוד מעיקרא אף ללישנא קמא דרבא · וגם יכול להיות שלא יחול השיעבוד כלל לא מיקרי שמחליף המעשה ממה שהיה מקודם · דכיון דאף לפי המעשה שמקודם יכול להיות שלא יהיה שיעבוד כלל על השומר · משו"ה נקטא המשנה בלשון עתיד להיות פטור משבועה ולהיות פטור מלשלם · דאי הוה תנא שפטור משבועה או שפטור מלשלם איכא למיטעי דהפטור קאי על השיעבוד · וזה לא מהני דאין המעשה משתנה בחליפות דברים לכן נקטא המשנה להיות פטור משבועה או להיות פטור מלשלם ,דמזה מוכח דקאי על החיוב ולא על השיעבוד · ואסביר לך יותר · דכמו שמצינו דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ מסלק א"ע מדבר שלא בא לעולם · כדפסק הרמ"א בחו"מ (סי' ר"ט סעי' ח') וז"ל וכן לסלק עצמו וכחו מדבר שלא בא לעולם הועיל ועדיין לא זכה ביה : (ועיין שם בביאורי הגר"א ס"ק ל"א) ·משמע דתופס עיקר כפסק הרמ"א · ה"נ אף דאין המעשה משתנה בחליפות דברים · היינו דוקא שאין יכול לפטור מן השיעבוד שיש לו מכבר על האיש שבא לפטור אותו כעת · אבל לסלק עצמו וכחו מהשיעבוד שיבוא ליה ממילא להבא יכול לפטור אותו · כמו שיכול לסלק עצמו מדבר שלא בא לעולם אף שיבוא מאליו ברשותו · משו"ה נקטה המשנה להיות פטור מן השבועה או להיות פטור; מלשלם · ויהיה מוכח מזה דהפטור קאי שמסלק עצמו וכחו מחיוב השיעבוד שיבוא לו אח"כ כיון שאכתי לא נגמר שיעבודו כסברת הריטב"א הנ"ל · ולפ"ז מדוקדק לישנא דגמרא דמשני שאני הכא דלא שיעבד נפשיה מעיקרא · ולא קאמרה הגמרא הכא במאי עסקינן כמו שדקדקו הגאונים הנ"ל · דגם לר' יהודה מוכרחין לומר כן דהשיעבוד לא חל מהשתא דאל"כ לא היה המעשה משתנה בחליפת דברים ולא היה מועיל הפטור וכיון דמילתא דפשיטא דאף לר' יהודה צריכין לומר כן : לכן משני הגמרא שאני הכא דלא שיעבד נפשיה מעיקרא · והשתא מתורץ כל הקושיות שהעתקתי על הגמרא הנ"ל כמובן :

ואבאר כעת האיך מבואר דברי הנ"ל בדברי המרדכי ואעתיק דבריו עוד הפעם כדי שיובן כוונתו ·

וז"ל ועוד דאמרינן בפ' הפועלים מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה ושואל להיות פטור מלשלם וכו' פי' מדנקטא המשנה בלשון עתיד להיות פטור משבועה או להיות פטור מלשלם · ולא נקטה המשנה שפטור משבועה או שפטור מלשלם בלשון עבר מוכח מזה דלא מצי לפטור שיהיה פטור מלשלם אם חל השיעבוד מהשתא · רק כיון דלא חל השיעבוד עד כשיארע היזק לא מיבעיא לליסנא בתרא דרבא דס"ל דלא נשתעבדו נכסיו כלל עד שיארע אונס · אלא אף ללישנא קמא דרבא לא חל השיעבוד מהשתא כיון דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא אלא כשיארע ההיזק נשתעבדו נכסיו למפרע · לכן הפטור קאי על חיוב השיעבוד שיבוא אח"כ דעל זה יכול להתנות ולסלק א"ע וכחו שלא יבא השיעבוד והחיוב · לכן לא הוי כמחליף את המעשה בחליפת דברים כדכתבתי לעיל · משא"כ אי הוה תנא המשנה בלשון עבר שפטור מן השבועה או שפטור מלשלם דמשמע מזה דהפטור קאי על השיעבוד שחל מקודם · וזה לא מהני דאין המעשה משתנה בחליפת דברים · וכדי להשמיענו דין זה נקטא המשנה בלשון עתיד להיות פטור מן השבועה או להיות פטור מלשלם · וכדי לחזק ראייתו דנוכל לדחות דאין ראיה ממתניתין דאין מעשה משתנה בחליפות דברים כיון דבאמת הוא רק לפי סברת הריטב"א דלא חל השיעבוד מהשתא אף ללישנא קמא דרבא כדכתבנו · לכן הפטור קאי על השיעבוד שיבוא אח"כ משו"ה נקטא לשון עתיד · אבל לעולם נוכל לומר דהמעשה משתנה בחליפת דברים · לכן מחזק עוד המרדכי ראיתו וכתב וז"ל ופריך הגמרא אמאי מתנה על מה שכתוב בתורה הוא ומסיק לעולם ר"מ היא ושאני הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשיה · פי' מדלא קאמרה הגמרא הכא במאי עסקינן דמעיקרא לא שיעבד נפשיה כמו שדקדקו הגאונים הנ"ל · משמע מזה דמילתא דפשיטא הוא דאף לר' יהודה צריכין לומר דמעיקרא לא שיעבד נפשיה כסברת הריטב"א הנ"ל דאי לאו הכי לא מהני הפטור מה שפוטר אותו דאין מעשה משתנה בחליפת דברים · אבל כיון דמעיקרא לא שיעבד נפשיה מהני הפטור דאין מעשה משתנה ממה שהיתה מקודם כמ"ש לעיל · לכן מסיק עוד המרדכי משמע הא שיעבד נפשיה לא מצי מתנה פי' אף לר' יהודה לא מצי מתנה שיפטור את השומר אף שיפטור מן החיוב מ"מ כיון דהחיוב מכח השיעבוד קא אתיא הפטור קאי על השיעבוד ג"כ ומזה לא מהני דאין מעשה משתנה בחליפות דברים רק כיון דמעיקרא לא שיעבד נפשיה לכן אין החיוב בא מכח השיעבוד לכן קאי הפטור רק על החיוב ולאן על השיעבוד משו"ה ניחא דנקטה מתניתין לשון עתיד · או כוונת המרדכי בסוף דיבורו · כיון דמוכח

מהגמרא. דאף לר' יהודה צריכין לומר דלא שיעבד נפשיה מעיקרא מדלא קאמר הכא במאי עסקינן וכו' משמע הא שיעבד נפשיה מעיקרא לא מצי מתנה אף לר' יהודה כדכתבתי לעיל דאין המעשה משתנה בחליפת דברים · אבל כיון דלא שיעבד נפשיה מעיקרא המעשה משתנה אף בחליפת דברים דיכול לסלק א"ע בדברים בעלמא כמו שיכול לסלק א"ע מדבר שלב"ל אף שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם · כן נלפענ"ד כוונת המרדכי לתרץ מה שהקשו עליו רבותינו הגאונים הנ"ל :

ומה שהקשה עוד הרבינו בעל מחנה אפרים שם לפי פירושו דאין אדם יכול למחול דבר שלא בא לעולם · וה"נ כיון שלא נסתלק השמירה בחליפות דברים ועדיין בשמירתו קאי כי התנה וא"ל על מנת שיהא פטור הוי ליה כמו שאמר לו שאם יאבד ויהא חייב לו שיהא מוחל לו התשלומין שהוא יתחייב לו והוי מוחל דבר שלא בא לעולם · ואפי' לר' יהודה לא מהני התנאי זולת כשהתנה עמו מעיקרא שאינו מקבל עליו חיוב שמירה כשאר השומרים והוי כההיא דעל מנת שאין לך עלי שאר וכסות · אף שלפי פירושי לא קשה זאת כמו שהבאתי לעיל דברי הרמ"א סימן ר"ט הנ"ל שיכול לסלק עצמו וכחו מדבר שלא בא לעולם ולפי דברי הריטב"א הנ"ל הא דמתנה שואל להיות כשומר חנם הרי הוא כמו שמסלק א"ע וכחו הבעה"ב שלא יהיה חייב לשלם השואל אם יגנב או יאבד כיון דהכתי לא נשתעבדו נכסיו אף לליסנא קמא דרבא כמ"ש לעיל לשונו של הריטב"א · וגם המרדכי אזיל כפי שיטת הריטב"א הנ"ל כמ"ש לעיל · מ"מ נלפענ"ד לתרץ הקושיא של רבינו בעל מחנה אפרים שלא יהיה קשה אף לפי פירושו בדברי המרדכי ע"ש · שלפי הנראה מדבריו לא תירץ הקושיא שלו · וג"ל דלפי מאי דאיתא בפרק המפקיד (דף ל"ה ע"ב) [במשנה שם] השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר וכו' · ואמרינן שם בגמרא א"ל רב אידי בר אבין לאביי מכדי שוכר במאי קני להאי פרה בשבועה ונימא ליה משכיר לשוכר דל אנת ודל שבועתך ואנא משתעי דינא בהדי שואל · א"ל מי סברת שוכר בשבועה הוא דקא קני לה משעת מיתה הוא דקא קני ושבועה כדי להפיס דעתו של בעה"ב · וכבר כתבתי בכפתור שלישי להתעורר באיזה שעה הקנה הבעה"ב להשוכר את הפרה וכתבתי שם באריכות אך כעת הקצר דבעת שככר מבעה"ב על אופן זה השכיר לו שתהיה קנויה לו הפרה רגע קודם מיתתה · דאל"כ היה חייב השוכר באונסין ע"ש שבארתי זאת בטוב טעם יהיה איך שיהיה דבגמרא איתא בהדיא דבשעת מיתה הוא דקני השוכר להפרה · ולכאורה צריכין להבין הלא לא דיברו הבעה"ב עם השוכר שיקנה לו את הפרה ואי אפשר לומר בענין אחר כי אם דכל מילי דשומרים אינם צריכין השומרים לשעבד א"ע בפירוש כמ"ש התוס' בכתובות (דף נ"ו ע"א) ד"ה ה"ז בסוף הדיבור א"נ שאני התם דחייבתו תורה שומר שכר על שלוקה שכר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה עכ"ל וה"נ הבעה"ב מקנה להשוכר את הפרה כי זה ג"כ מדיני השומרים ואמרינן מסתמא הקנה לו · ואם תרצה להבין טעמו של דבר עיין בדברינו בכפתור שלישי ותמצא כל אשר תאוה נפשך באמרי דעת ובינה · ולפ"ז כיון דאמרו חכמים דשואל יכול להתנות שיהיה פטור מלשלם כש"ח הוא ג"כ מדיני השומרים · ובעת שמשך השואל את הפרה אדעתיה דהכי משך באם יתנה א"כ שיהיה דינו כש"ח שלא יהיה משיכתו להתחייב באחריותו כשואל רק שיהיה משיכתו מועלת שיתחייב רק כש"ח וכן ש"ח אדעתא דהכי משכו שיוכל להתנות א"כ שיהיה פטור מן השבועה · שלא להתחייב במשיכה זו שום אחריות כלל אף לא כש"ח · ואף שלא דברו הבעה"ב עם השומרים מזה מאומה מ"מ סתמא כפירושן כמ"ש לעיל · שכל דיני שומרים סתמן כפירושן · ובזה יובן דברי הגמרא דב"מ (דף צ"ד) שאנו עסוקים כאן שאני הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשיה · דלכאורה לליסנא קמא דרבא משעת משיכתו תיכף שיעבד נפשיה אף שכתבתי לעיל שלפי דברי הריטב"א ניחא · מ"מ הא מוכח משיטה מקובלת בפ' השואל הנ"ל שאחר מפרשים לא פירשו כן גם הריטב"א בעצמו כתב כפי מה שהביא לשונו השיטה מקובלת הנ"ל שיש גדולים שלא פירשו כן כדבריו · ולפ"ז צריכין להבין לליסנא קמא דרבא בפ' הגוזל בתרא מה דמשני הגמרא שאני הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשיה · ולפי דברינו ניחא דאדעתיה דהכי משכו השומרים שיוכלו להתנות א"כ שלא יהיה משיכתן להתחייב באחריותן · וגם יהיה ניחא לפי דברינו מה שדקדקו רבותינו הגאונים למה לא משני הגמרא הכא במאי עסקינן · אבל לפי דברינו ניחא · דגם לר"י דאמר שמתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים צריכין לומר כן דאל"כ יהיה קשה הא אין אדם מוחל דבר שלא בא לעולם כדהקשה רבינו בעל מחנה אפרים · אבל אי אמרינן שגם לר' יהודה אדעתא דהכי משכו השומרים שאם יתנה אחר כך שלא יהיה מועיל משיכתן להתחייב באחריותן ניחא כל זה כמ"ש :

ומה שהקשה עוד הרבינו בעל מחנה אפרים לפי פירושו בדברי המרדכי דכל שכבר קיבל עליו הנפקד שמירתו אפי' כי התנה א"כ על מנת לפטור ואפי' שהיא דבר שבממון משום דמי ידע המפקיד שיאבד כדי דנמחול · וכמו שכתבו התוס' בריש פרק הכותב וכוונתו למה שכתבו התוס' (בדף פ"ד ע"א) ד"ה וסבר וכו' · אף שלפי פירושי לא קשה זאת דלא הוי רק סילק את עצמו וכחו של בעה"ב מאחריות של שומרין · ולא הוי כמו שאר תנאי דבעינן שידע המפקיד כדי שימחול ודו"ק · מ"מ נלפנ"ד לתרץ את קושיתו גם לפי פירושו דדוקא גבי אונאה אמרינן בב"מ (דף נ"א) דמוקי רב נפשיה אף דס"ל דאם אומר לחבירו על מנת שאין לך עלי אונאה דיש לו עליו אונאה כר' יהודה דאמר דבדבר שבממון תנאו קיים דעד כאן לא קאמר ר' יהודה התם אלא דידעה וקא מחלה · הכא מי ידע דמחיל עכ"ל · דדוקא גבי אונאה אמרינן כן מפני שהוא סבר שאין בו אונאה כלל דסבר אנא בדיקנא בזבינא אילין ושוה כמה דיזבנא בהו וה"ל כהתם מוכרין שאונאתן מחילה בטעות הוא · משא"כ הכא גבי שומרים דהן הבעה"ב והן השומרים אינם יכולים לידע בשעה שהתנו אם יגנב או יאבד א"כ משו"ה לא הוי מחילה בטעות כלל דגמר ומחל הבעה"ב את השומר מלשלם דהכא לא שייך לומר דאדעתיה דהכי לא מחל לו כיון שאין בידו כלל · ומצינו כעין סברא זו גבי דיני אסמכתא ועיין בתוס' בסנה' ((דף כ"ד ע"ב) ד"ה כל כהאי גוונא ע"ש · אחר שאמרתי את הסברא הזאת מצאתי בשיטה מקובלת פ' הכותב שם ד"ה וסבר רב והביא ראי' לזה שאם אין אתה אומר כן מוחלת כתובתה לבעלה והא לא ידע דמחלה ושמחתי מאד על זה שדעתי הקצרה כוונה לדעת הראשונים ת"ל על זה וקושית התוס' דפרק הכותב יש ליישב וע"ש ובמפרשי הגמרא והתוס' ולא רציתי להאריך בזה:

פרח י

ולפי מה שכתבנו בפרח ח' באריכות ובריש פרח ט"ת בקצרה · שיכול הלוה לזכות על ידי עצמו שיהי' מעות הללו שייכים למלוה פלוני שלו עבור חובו ואין יכול מלוה אחר לגבות את חובו מאלו המעות אלא כל המעות המה שייכים להמלוה שזיכה לו על ידי עצמו · יש לחקור אם אדם אחד לוה מחבירו איזה סך שישלם לו רק אם יהי' לו במה לשלם אבל אם לא יהי' לו במה לשלם מוחל לו המלוה את החוב הזה · וכעין אופן זה מצינו בנדרים (דף ל"ג ע"ב) רבא אמר אפילו תימא דברי הכל גבי מודר הנאה דיהיב ע"מ שלא לפרוע וכו' · וגם הלוה הזה לוה מאדם אחר איזה סך ולא הי' זה התנאי ביניהם שאם לא יהי' לו במה לשלם שמוחל לו חובו · וזיכה הלוה איזה סך מעות שיהיו נקנים להמלוה שלא הי' התנאי ביניהם ובאו א"כ שני המלוין כאחד לגבות חובן מהמעות שהקנה הלוה להמלוה שהלוה לו בלא שום תנאי יש לחקור · לפי מה שאוכיח לקמן אי"ה דאם לא זיכה הלוה המעות לאיזה מלוה שניהם כאחד שוים, דזה מיקרי דיש לו

במה

במה לפרוע · הלא שחייב למלוה אחר ואין לו במה לפרוע את בניהם דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה · והמעות הן ברשות הלוה כמו שאכתוב לקמן ראי' ברורה לזה : אך היכא דזיכה הלוה המעות להמלוה שלא הי' תנאי ביניהם יש לחקור אם יכול המלוה שהי' התנאי ביניהם לגבות מן המעות הללו לפי מאי דקיי"ל דהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה · וכי תימא דמאי ספק יש בזה דהא כתב החו"מ בסימן ק"ה סעיף ג' אם הלוה אמר לאדם הרי זכה בחפץ זה לפלוני או תן מנה זה לפלוני זכה לו ואפי' אין הזוכה מכיר לאותו פלוני ואין אחד מבעלי חובות יכולים לגבות מאליו שכבר זכה בהם אחר עכ"ל · ולפי דברינו שגם הלוה בעצמו יכול לזכות שיהיו המעות הללו שייכים לאיזה מלוה פלוני · לפי פסק הש"ע יכול הלוה לזכות ע"י עצמו לאיזה מלוה אף במקום שחב לאחרים · ולפ"ז אין להסתפק בזה הדין מה שנסתפקנו · אך זה הדין נובע מהרמב"ם והרב המגיד מביא ראי' לדבריו מדברי הגמרא · ולפי הנראה מדברי האחרונים שאינם ראיות ברורות אלא רק כעין זכר לדבר · אך זה הדין הוא רק מסברא בעלמא · והקצוה"ח כתב בס"ק ג' בזה דהיכא דאינו זוכה אלא בשביל חובו אז אמרינן כיון דאיכא עוד בע"ח וחב לאחריני הוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחריני · אבל הלוה בעצמו דיכול ליתן את המטלטלין לכל מי שרוצה דמטלטלין לאו בני שיעבוד נינהו · ולכן בדידיה קיימא שהוא יכול ליתן את שלו במתנה למי שרוצה ואפי' על ידי זכיה ואין זה חב לאחרים דרשאי לעשות בשלו מה שרוצה · ומפני קוצר דעתי איני מבין את סברתו דהא איתא בכתובות (דף ק"ה) רב הונא מ"ט לא אמר כרבא [פי' כרבא שהבאתי לעיל בנדרים] אמר לך רב הונא נהי דהנאה לית ליה כיסופא מי לית ליה · התם נמי אית ליה הנאה בההיא הנאה דמיכסיף מיניה וכעין סברא זאת מוזכר בר"ן פרק האשה שנתארמלה על הך סוגי' האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן וכו' · ולפ"ז מה שזיכה הלוה ע"י אחר מיקרי חב לאחרים · דמה שכתב הקצוה"ח דלא מיקרי חב לאחרים דהא אם רוצה נותן במתנה לאחר אינו מובן דיהא להלוה כיסופא שאינו פורע חובו ונותן לאחר מה שהי' צריך ליתן לבע"ח ואין לך כיסופא גדולה מזאת וגדולה מהכיסופא המוזכרת בהגמרא כמובן · וגם דבודאי לא הי' נותן לאחר מתנה ויהי' לוה רשע ולא ישלם · וכיון דבודאי הלוה לא שבק את המלוה ויהיב לאחר במתנה אם הלוה מזכה ע"י אחר שיהיו המעות הללו קנויים למלוה פלוני עבור חובו ויש לו ג"כ מלוה אחר שצריך לשלם לו מיקרי חב לאחרים · לכן לפי קוצר דעתי נכונה יותר בעיני לומר · שמשום הכי פסק הרמב"ם דהלוה יכול לזכות ע"י אחר אף במקום שחב לאחרים · הוא מטעם דאי בעי הלוה היה נותן המעות הללו למלוה פלוני ליד המלוה עצמו שזיכה לו על ידי אחר · דבזה לית ליה כסופא שגם להמלוה הזה חייב וגם לא מיקרי עבור זה לוה רשע ולא ישלם כמובן · משו"ה פסק הרמב"ם דיכול הלוה לזכות ע"י אחר · וכמדומה לי שזאת הסברא אמרתי קודם שראיתי בדברי האחרונים את סברתם · וכיון שמצד הסברא הזאת פסק הרמב"ם · נ"ל דאם הלך המלוה שזיכה לו ע"י אחר למדינת הים אינו יכול לזכות ע"י אחר במקום שחב לאחרים · כיון שאין לו מיגו דאי בעי הי' נותן ליד המלוה בעצמו · ולפ"ז יש לחקור לפי מה שאוכיח לקמן דשניהם שוין הן המלוה שלוה לו על מנת לשלם לו בלי שום תנאי · והן המלוה שלוה לו על תנאי שלא לשלם לו רק אם יהי' ללוה מה לפרוע · אם באים שני המלוים לגבות כאחד ואין להלוה כדי לפרוע לשניהם שניהם חולקים במה שיש להלוה אם זיכה הלוה בעצמו שיהיו המעות נקנים להמלוה שלוה מאתו על מנת לשלם בלי שום תנאי והמלוה הזה הלך למדינת הים דבזה אינו יכול לזכות להמלוה במקום שחב לאחרים כדכתבתי · אבל בנידן דידן יש לומר דיכול לזכות להמלוה הנ"ל דהא קיי"ל היכא שבתפיסה הזאת הי' זכי' להתופש בעצמו הי' יכול לתפוס אף במקום שחב לאחרים מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לאחריני עיין בסימן ק"ה · וה"נ יש להלוה זכי' לנפשי' במה שזיכה המעות שיהיו שייכים להמלוה שלוה לו על מנת לשלם בלי שום תנאי דלזה המלוה אם לא ישלם מיקרי לוה רשע ולא ישלם · דאם באים לגבות כאחד היו חולקים בהמעות נמצא דמיקרי לוה רשע על מה שאינו משלם להמלוה שלוה בלי שום תנאי · לכן אם נימא דמהני מה שזיכה שיהיו המעות שייכים להמלוה שלוה לו בלא שום תנאי יש זכות להלוה שפורע חובו · אף שאינו פורע להמלוה שלוה שלא לשלם רק על מנת שאם יהי' לו · ממה לשלם לא מיקרי עבור המלוה הזה לוה רשע ולא ישלם דכיון דלית ליה ממה לפרוע מחל לו כבר המלוה את חובו בעת שלוה · ולפ"ז יש זכיה להלוה לנפשי' במה שזיכה שיהיו המעות הללו שייכים להמלוה שלוה לו בלא שום תנאי ומהני הזכי' · או דילמא היכא אמרינן דבמקום שיש זכי' להתופש לנפשי' יכול לתפוס אף לאחר אף היכא שחב לאחריני · היינו דוקא דבמה שיש זכי' להתופש לנפשי' אין לאחרים שום חלק בזה ולנפשי' הי' יכול לתפוס אף במקום שחב לאחרים ולכן כיון דמהני זכותו לנפשי' יכול לתפוס אף לאחריני אף במקום שחב לאחרים · משא"כ בנידון דידן דאין להלוה זכי' לנפשי' במה שזיכה המעות שיהיו שייכים להמלוה שלוה בלא שום תנאי רק היכא דזכה המלוה המעות שתפש עבורו במקום שחב לאחריני אז"כ יש לו זכי' להלוה דזכות הוא לו במה שזכה המלוה הזה שלא יקרא לוה רשע וגו' · נוכל לומר דכיון דפקע זכייתו של המלוה שזכה עבורו דהא חב לאחריני · ממילא פקע גם זכותו מה שיהי' להלוה זכות אם יזכה המלוה המעות שלוה בלא שום תנאי :

אך קודם שאברר הספק הזה אם מהני זכות הלוה או לא · צריכין אנו לברר בהדין שאם באו שניהם כאחד היינו המלוה שלוה בלי שום תנאי וגם המלוה שלוה לשלם לו רק אם יהיה לו · שניהם שוין בגבייתם אם לא יהיה להלוה כדי לפרוע לשניהם · דאם נאמר דאין המלוה יכול לגבות מהנכסים אם אין לו לפרוע לשניהם דכיון דלוה על מנת שלא לשלם רק אם יהיה לו וזה מיקרי דלית ליה כיון דצריך הלוה לשלם להמלוה האחר שלוה בלי שום תנאי אין להסתפק במה שנסתפקתי מקודם כמובן :

ונלפענ"ד ששני המלוים שוים כמה בגבייתם · כמו אם באו שני מלוים שלוה מאתם לשלם להם בלי שום תנאי · דגרסינן בב"ב (דף קל"ט ע"ב) במשנה ריש פרק מי שמת · הניח בנים ובנות בזמן שהנכסים מרובין הבנים ירשו והבנות יזונו · נכסים מועטין הבנות יזונו והבנים ישאלו על הפתחים וכו' · ואמרינן בגמרא בעי מיניה · אלמנתו מהו שתמעט בנכסים · מי אמרינן כיון דאית לה מזוני ממעטא · או דילמא כיון דאילו מנסבה לית לה השתא נמי לית לה · אם תמצי לומר וכו' ואם תמצא לומר כיון דאילו מתה לית לה ולא ממעטה · בעל חוב מהו שימעט בנכסים · מי אמרינן כיון דכי מיית נמי אית ליה ממעט · או דילמא כיון דמתברה גובייתא לא ממעט וכו' הרי מוכח מכאן דכל זמן שלא גבה הבעל חוב את הנכסים המה בחזקתן כמו שהיו מקודם · וה"נ גבי נידון דידן מיקרי דיש לו להלוה נכסים וגובה הבע"ח שלוה שלא לשלם רק אם יהיה לו דזה מיקרי דאית ליה · דהא גבי בנים ובנות מיקרי הנכסים מרובים אף שבודאי יבוא הבע"ח ויגבה מהם ויהיו הנכסים מועטין ומיעקר תקנתא דחכמים שבנכסים מועטין הבנות יזונו והבנים ישאלו על הפתחים · וכי תימא דאין ראי' מכאן · דמדין תורה הנכסים אף שהמה מועטין המה שייכים להבנים לבד · אך דחכמים תקנו שהבנות יזונו והבנים ישאלו על הפתחים · לכן כיון שעכ"פ לא גבה הבע"ח את חובו מהנכסים אמרינן יד בעל התקנה על התחתונה כידוע לכל יודעי דת ודין · ומיקרי נכסים מרובין · אבל גבי נידון דידן דשניהם הן המלוה שלוה ממנו על מנת שלא לשלם · והן המלוה שלוה על מנת לשלם מצד הדין של התורה שניהם דינם שוה · ולכן כיון דאין בהנכסים כדי לפרוע לשניהם מיקרי דלית ליה מה לפרוע כיון שהנכסים שיש לו צריך לפרוע להמלוה שלוה

ממנו

ממנו על מנת לשלם בלא שום תנאי · אכן נלפענ"ד דלא נוכל לומר דמחמת דהבנות ניזונות הוא מתקנתא דרבנן אמרינן דמיקרי נכסים מרובין אף שיש בע"ח שימעט בנכסים · דא"כ הא דאמרינן בגמרא או דילמא כיון דמחסר גוביינא לא ממעט · דמשמע מזה דאם לא הי' מחוסר גוביינא ליכא שום ספק דודאי בע"ח ממעט כגון דהנכסים מונחים בחצר שהית' מושכרת לאביהם ולהבע"ח שמכרו שניהם בשותפות · ולפ"ז הנכסים של אביהם גם המה ברשות הבע"ח דלא מחסר גוביינא · וכ"ת כיון דמחסר שומת ב"ד מקרי מחסר גוביינא · זה דוחק · וגם משכחת לה שלא יהיו הנכסים צריכין שומא כלל · כדאמרינן בב"ב (דף פ"ח ע"א) ההוא גברא דאיתי קרי לפום נהרא · אתו כ"ע שקיל קרא קרא אמר להו הרי הן מקודשין לשמים אתו לקמיה דרב כהנא · אמר להו אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו · וה"מ דקיצו דמייהו · אבל לא קיצו דמייהו ברשות מרייהו קיימי ושפיר אקדיש · ואם מונח בחצר המושכרת גם לבע"ח נכסים כאלו דקיצו דמייהו אינם צריכין שומא · וכ"ת כיון דאכתי צריך רשות ב"ד שיחליטו לו הנכסים דהיורשין יכולין לסלקו בדמים · הא משכחינן גוונא שאין צריכין שומת ב"ד וגם רשות ב"ד · כגון שמונח מעות בתוך איזה תיבה המשותפות לשניהם · ואם תפס הבע"ח את המעות שהניח אביהם אין היורשים יכולין לסלקו במעות אחרים · דכל המעות שוין המה · אך לפי מאי דאמרינן בב"מ (דף ס"ט ע"ב) גופא אמר רב נחמן זוזי כמאן דפליגי דמי · הני מילי טבי וטבי או תקילי ותקילי אבל טבי ותקילי לא וכהאי גוונא אמרינן שם (בדף מ"ה ע"ב) אמר ליה מאנקי חדשה יהיבנא לך לא מלי יהיב ליה מאנקי ישנה וכו' · לכאורה גם במעות צריכין רשות ב"ד להחליטן לו · דיכולין היורשים לסלקו במעות אחרים · אך נ"ל דאף במטלטלים שהניח אביהם לא מיקרי מחוסר גוביינא אם המה מונחים בחצר שהיתה מושכרת לאביהם ולבע"ח בשותפות דיכול הבע"ח לתפוש אותם בתורת משכון עבור חובו עד שישלמו לו היורשים ובמשכון לא מיקרי מחסר גוביינא כיון דקני ליה מדרבי יצחק אף שתפסו מעצמן אף שכתב הש"ך בחו"מ (סימן ע"ב ס"ק ע') דמשכנו שלא בשעת הלואתו שלא ברצון הלוה נקרא גזלן · ועל זה לא אמר רבי יצחק דבע"ח קונה משכון דהקרא דלך תהיה צדקה איירי שמשכנו ברשות ב"ד או מדעת הלוה · מ"מ נ"ל דאם תפס הבע"ח המטלטלין מרשות שהיתה משותפות לשניהם אינו מיקרי גזלן · כיון דגם מקודם היה מונח ברשותו וקונה אותו מדרבי יצחק כמו שקונה אם היה מדעת הלוה והיכא שקנוי לו מדרבי יצחק הוי כגבוי · ועיין בגיטין (דף ל"ז ע"א) אלא מלוה על המשכון מאי טעמא אמר רבא משום דתפס ליה · אמר ליה אביי אלא מעתה הלוהו ודר בחצירו דתפס ליה ה"נ דלא משמט א"ל שאני משכון דקני ליה מדר' יצחק דאמר ר' יצחק מנין לבע"ח שקונה משכון שנאמר ולך תהיה צדקה אם אינו קונה צדקה מניין מכאן לבע"ח שקונה משכון ועיין בתוס' ב"מ (דף ס"ז ע"ב) ד"ה ושביעית משמטתו ועיין בחידושי הר"ן שם · וגם עיין בחו"מ (ס' ס"ז סעיף י"ב וי"ג) · וכ"ת דמפני קולי שביעית אמרינן כן דהוי כגבוי במשכנו מטלטלין · הא גם גבי חמץ לענין לעבור עליו בבל יראה ובל ימצא אמרינן בפסחים (דף ל"א) דהיכא דקונה מדר"י אינו עובר הלוה רק המלוה ע"ש בסוגיא ותמצא · וכ"ת דגם מחמץ אין ראיה כדכתבו התוס' שם בד"ה בדר"י קמיפלגי וכו' · וי"ל דהכי פירושו דכיון דשלא בשעת הלואה קונה לגמרי כדר' יצחק · א"כ לענין חמץ יש לנו לחושבו כאילו הוא שלו לעבור בלא ימצא אף בשעת הלואה דחשבינן ליה מלוי עכ"ל · ולפ"ז גם מחמץ אין ראיה · מ"מ נ"ל דנהי דאף דאמרינן דלא מחשב כגבוי במה שיש תחת ידו המשכון מ"מ גם הלוה אינו מיקרי מוחזק בהמשכון והמשכון בחזקת שניהם עומד · וכעין סברא זו אמרתי כד הוינא טליא לתרץ מה דחקרו האחרונים בטעמו של דבר דלפי הפוסקים דלא אמרינן מיגו להוציא · מ"מ היכא דאיכא שטרי מעליא אמרינן אף להוציא כמבואר בדברי האחרונים · והוכיחו זאת מספק הכותב גבי שטראי ועיין בש"ך בדיני מיגו וחקרו אחרונים מפני מה אמרינן כן דהא קי"ל כבית הלל דאמר שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי · ואמרתי אף דב"ה סברי דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי · מ"מ גם הלוה אינו מיקרי מוחזק כיון דאיכא שטרא מעליא · לכן אמרינן דלא מיקרי מוציא · וכמדומה לי כעת שלאחר שאמרתי זאת לאחר איזה שנים ראיתי הסברא הזאת בתשובות נודע ביהודה · הדרן לדברינו דאם היה הבע"ח תופס איזה דבר למשכון מהמטלטלין שהניח אביהם בחצר המושכרת לשניהם לא מיקרי מחסר גוביינא וראיה ברורה לדברינו מחו"מ (סימן ע"ב סעיף י"ז) שמבואר שם אם לא נאבד המשכון וחלוקים בעיקר הלואה שהמלוה אומר שהלויתו סלע · והלוה אומר שלא הלויתו אלא שקל · אם הוא בענין שהיה המלוה יכול להחזיק במשכון ולטעון לקוח הוא בידי או לא היו דברים מעולם או החזרתיו לך נאמן לומר שהלויתו עליו עד כדי דמיו בשבועה בנקיטת חפץ עכ"ל · הרי מוכח מכאן דהמלוה נקרא מוחזק בהמשכון · דאל"כ היה הלוה נשבע ונפטר כמשפטי דיני שבועות · וכיון שכן מאי אמרינן בגמרא בב"ב בריש מי שמת הנ"ל · או דילמא כיון דמחסר גוביינא לא ממעט דמשמע מזה דאם היו מונחים הנכסים בחצר המושכרת לשניהם וגם הי' תופס הבע"ח את הנכסים שיהיו לו למשכון עבור חובו ממעט דלא מיקרי מחסרא גוביינא כמו שהוכחתי ואי אמרינן כיון דמה שהבנות ניזונות הוא מצד התקנה משום הכי בעל חוב לא ממעט בנכסים דיד בעל תקנה על התחתונה · הוי ליה להגמרא למימר או דילמא כיון דמחמת התקנה וכו' משום הכי לא ממעט · הרי חזינן דמחמת סברא זו לא איבעי להו לבעלי הגמרא · וכיון שכן מוכח מזה דאף דהיכא דאיכא בע"ח ועומד לגבות מהנכסים מיקרי נכסים מרובין דכל זמן שלא גבו הנכסים בחזקתן כמו שהי' מקודם דקיי"ל כרבא דאמר בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה · ה"נ כל זמן שלא גבה הבע"ח שלוה בלא שום תנאי הנכסים בחזקת הלוה ומיקרי דאית ליה כמו שנקרא נכסים מרובין · ולפ"ז אם בא גם המלוה השני שלוה על תנאי שלא ישלם רק אם יהי' לו שניהם בזמן אחד שניהם שוין בגבייתן · וכ"ת דהתם מחמת כיון דאי אמרינן דבע"ח ממעט מיעקר נחלה דאורייתא · משו"ה אמרינן או דילמא כיון דמחסרא גוביינא לא ימעט · כיון דאיכא קצת סברא דמחסרא גוביינא · זה אינו דלא מיקרי מיעקר נחלה דאורייתא אף אי אמרינן דבע"ח ממעט כדאמרינן בכתובות (דף נ' ע"ב) אמר רבה אשכחתינהו לרבנן דבי רב דיתבי וקאמרי דכו"ע אחת בחייו ואחת במותו יש לבן כתובת בנין דכרין · והכא בכתובה נעשית מותר לחברתה · והוא הדין לבע"ח קמיפלגי מר סבר כתובה נעשית מותר לחברתה והוא הדין לבע"ח ומר סבר אין כתובה נעשית מותר לחבירתה והוא הדין לבע"ח · ואמינא להו אנא בבע"ח כו"ע לא פליגי דהוי מותר כי פליגי בכתובה ופירש"י ע"ז בד"ה בבע"ח כו"ע לא פליגי דהוה מותר הואיל והשטר יוצא על כולם כמלאו כולם פורעין והוא נחלה שלהן שעשו בהם מצות פריעת חוב אביהם וכן פירשו הראשונים טעמו של דבר ועיין באבן עזר סימן קי"א בחלקת מחוקק ס"ק ו' · מוכח מכאן דהיכא דאיכא בע"ח אף אי אמרינן דממעט לא מיעקר נחלה דאורייתא · אף שראיתי בפני יהושע שם וכמדומה לי שגם בספר הפלאה שרצונם לנטות מפירש"י · אבוא כיסודא ועוד לקרא לחזק דברי הראשונים ולהביא ראי' לדבריהם · מהא דאיתא בב"ב (דף קכ"ד ע"א) דתניא וכו' יצא עליהן בע"ח בכור נותן פי שנים · ואם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי · ואי אמרינן דמה שפרע לבע"ח לא מיקרי נחלה שלהן שעשו בהן מצות פריעת חוב אביהן · אמאי אמרינן דבכור צריך ליתן פי שנים לבע"ח כל זמן דלא אמר איני נותן ואיני נוטל דהא יש נפקא מיניה בדבר כמו שפירש רשב"ם שם בד"ה אם אמר איני נותן ואיני נוטל · הא איתא בבכורות (דף כ"ח ע"ב) במשנה הבכור נוטל פי שנים בנכסי אב ואינו נוטל פי שנים בנכסי אם וכו' ולא בראוי כבמוחזק דלפ"ז גם הבכור אינו נוטל פי שנים בהנכסים שעומד הבע"ח לגבות מהן דמצד

הסברא

הסברא דזה גרוע מראוי דבראוי סוף סוף יבוא מאליו · משא"כ בבע"ח דבע"ח יגבה מהנכסים וישארו תחת ידו · דלא נוכל לדחות כיון דגבי בכור כתיב בכל אשר ימצא לו · ואמרינן בפסחים (דף ה' ע"ב) הניחא למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי אלא למ"ד לאו כממון דמי מאי איכא למימר שאני הכא דאמר לא ימצא · וה"נ כיון דכתיב בכל אשר ימצא אף דבעלמא סיכא דאיכא בע"ח ואין להלוה רק כדי לפרוע חובו מיקרי דלית ליה שהנכסים שייכים לבע"ח שעומד לפרע מהם · מ"מ הבכור נוטל פי שנים כיון דכתיב בכל אשר ימצא גביה והנכסים מצוין אצלו נוטל מהנכסים חלק בכורתו · דזה אינו · חדא דמצד הסברא הוא דעדיפא ראוי מהנכסים שעומד לגבות מהם לבע"ח כמ"ש · וכיון דאינו נוטל פי שנים בראוי ג"כ אינו נוטל מהנכסים שעומד בע"ח לגבות מהם · שנית כיון דמבכל אשר ימצא ממעטינן שאינו נוטל פי שנים בראוי כדמפרש הגמרא בבכורות שם · לפ"ז לא נוכל לומר שהפסוק בכל אשר ימצא בא לרבות שנוטל פי שנים מהנכסים שעומד בע"ח לגבות מהם · דזה אין סברא דתיבה אחת תבוא לרבות איזה ענין ולמעט איזה ענין עיין ביומא (דף ס"ג ע"ב) אמר רבא התם מעניינא דקרא והכא מעניינא דקרא התם דא"ל פתח לרבות לה' להוציא הכא דאשה להוציא לה' לרבות · לפ"ז הדרא קושיא לדוכתא · אמאי אמרינן בב"ב (דף קכ"ד ע"א) הנ"ל דבכור נוטל פי שנים בהנכסים שעומד בע"ח לגבות מהן · אבל לפי דברי רש"י ושאר ראשונים שפירשו בכתובות (דף נ') הנ"ל שמה שפירעון חובות אביהן נחלה שלהן הוא שעשו בהן מצות פריעת חוב אביהם · ניחא דזה מיקרי ירושה מה שנוטל פי שנים בהנכסים שעומד בע"ח לגבות מהן כדי שיקיים מצות פריעת חוב אביהם דלא כפני יהושע שמיאן בזאת הסברא בכתובות שם · וגם מגמרא דכתובות הנ"ל מוכח כדברינו שאם לוה מאחד על מנת שלא לפרוע רק אם יהי' לו · וגם לוה מאחד על מנת לשלם לו בלא שום תנאי · ואין להלוה נכסים רק כדי לפרוע חוב אחד מהם שניהם שוין בגבייתן וחולקין המעות · דהא אמרינן בכתובות ואמינא להו אנא בבע"ח כו"ע לא פליגי דהוה מותר · לפי מאי דאיתא במשנה שם לקמן (דף נ"א ע"א) מי שהי' נשוי שתי נשים ומתו · ואח"כ מת הוא · ויתומים מבקשין כתובת אמן ואין שם אלא שתי כתובות חולקין בשוה · הי' שם מותר דינר אלו נוטלות כתובת אמן ואלו נוטלות כתובת אמן ומשמיענו רבה היכא דאיכא מותר דינר אך שעומד לגבות מזה הדינר בע"ח כו"ע לא פליגי דהוה מותר · ואם נימא שלא כדברינו דהיכא שיש בע"ח שעומד לגבות מהנכסים מיקרי דלית ליה · כיון דודאי בע"ח יגבה מהם אמאי בבע"ח כו"ע לא פליגי דהוי מותר · הא מיעקר נחלה דאורייתא · אלא ודאי דמוכח מזה דאף שעומד בע"ח לגבות מהמותר דינר מ"מ כל זמן שלא גבה המה בחזקת היורשים לכן הוי מותר כדכתבתי לעיל · ולפ"ז מוכח דשני הבעלי חוב הן מי שהלוהו על מנת לפרוע רק אם יהי' לו והן מי שהלוהו על מנת לשלם לו בלא שום תנאי ואין בהנכסים כדי לפרוע לשניהם שוין בגביתן וחולקין הנכסים · דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה דכל זמן שהמה ביד הלוה מיקרי דאית ליה · ואבאר עוד שלפי הגמרא דכתובות הנ"ל נתחזקה הראיה הראשונה שהבאתי לעיל מרים פרק מי שמת הנ"ל שלא נוכל לדחות דהא חזינן דהגמרא ספוקי מספקא לה אי בע"ח ממעט בנכסים או לא לפי זה נוכל לומר דגם בנידון דידן ג"כ יש ספק דאולי כיון דלבע"ח השני התחייב א"ע לשלם בלי תנאי מיקרי דלית ליה נכסים באם אין די בנכסים לפרוע לשניהם וגובה המלוה שהלוה בלא שום תנאי כל חובו מהנכסים · וידחה את הבע"ח שהלוה שלא לשלם לו רק אם יהי' לו ממה לפרוע · זה אינו · דלכאורה קשה מהך דכתובות הנ"ל על הך סוגיא דב"ב דבכתובות אמרינן דבע"ח כו"ע לא פליגי דהוי מותר · וכן מסקנת הגמרא שם ואפי' למאן דפליג עליה מ"מ איכא חד תנא דסובר דבבע"ח הוי מותר ובריש פרק מי שמת מבעי שם בע"ח מהו שימעט בנכסים מי אמרינן כיון דכי מיית נמי אית ליה ממעט ונשארת בלא פשיטות · ואמאי לא פשטוה מהך דכתובות כיון דבע"ח הוי מותר דהנכסים בחזקת היורשים משום דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה · ה"נ בע"ח אינו ממעט בהנכסים ומיקרי מרובין דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה · וכ"ת דמשום הכי לא פשטוה מהך דכתובות כדכתבו התוס' בכמה מקומות ואחד מהם ביומא (דף י"ב ע"ב) ד"ה מי איכא מידי וכו' דלא בעי למפשט אליבא דאמוראים אלא ממתניתין וברייתא · וכתבו שהכאי גוונא צריכין לומר בכמה דוכתי בש"ס ע"ש · דזה התירוץ אינם יכולים לומר כאן דאיכא דבעי לה לאידך גיסא ב"ח מהו שימעט בנכסים בת אשתו מהו וכו', אלמנתו ובת אשתו איזו מהן קודמת א"ל זיל השידנא ותא למחר כי אתא א"ל פשוט מיהת חדא דאמר ר' אבא אמר ר' אסי עשו אלמנה אצל הבת כבת אצל האחין וכו' עכ"ל הגמרא · לפ"ז הדרא קושיא לדוכתא אמאי לא פשטוה הך דבע"ח שאינו ממעט בנכסים מהך דכתובות הנ"ל · דהא חזינן שבכאן בבעיות הללו פשטה הגמרא ממימרא דאמוראים · וכדי ליישב זאת צריכין אנו לומר דהך תקנתא דהבנות יזונו מהנכסים מועטים אלימתא מהך תקנתא שתקנו החכמים שאלו נוטלות כתובת אמן ואלו נוטלות כתובת אמן · דהתם אין נוטלין היורשים כתובת אמן רק היכא דאיכא מותר דינר דלא מיעקר נחלה דאורייתא לכן אמרינן דבע"ח הוי מותר · משא"כ בהך תקנתא דהבנות יזונו מנכסים מועטין התקינו החכמים אף במקום דמיעקר נחלה דאורייתא כדאיתא בסוגיא דריש פרק מי שמת · לכן מיבעי לה להגמרא אי בע"ה ממעט אי לא :

לפ"ז מוכח דאם התחייב לשלם לאחד רק אם יהי' לו ולאחד התחייב לשלם בלי שום תנאי ואין בנכסים לפרוע לשניהם אזי השני בעלי חובות חולקין בנכסים · דאף דאיכא בע"ח אחר מיקרי דיש לו כמו דפשיטא להו בכתובות דהוב נעשה מותר · וגם לא נוכל לדחות ראייתנו מפ' מי שמת דכיון דרק תקנתא דרבנן שיזונו הבנות אף מנכסים מועטין לכן אמרינן דבע"ח אינו ממעט בנכסים. מה שא"כ בהך נידון דידן בשני הבע"ח הנ"ל כיון דלשניהם מחויב הלוה לשלם מדאורייתא לכן אמרינן אם אין בנכסים כדי לפרוע לשניהם גובה רק הבע"ח שמחוייב לשלם לו בלי שום תנאי ומדחה את הבע"ח השני שלוה לו שלא ישלם לו רק אם יהי' לו דזה מיקרי דלית ליה · דגם זה אינו · דהא חזינן בכתובות הנ"ל דחוב נעשה מותר ומיקרי דיש בהנכסים לקיים נחלה דאורייתא ויש להם כתובת בנין דיכרין ואף מה שנוטלין הוא רק תקנתא דרבנן · ואפ"ה אמרינן כיון דאיכא בהנכסים מותר אף שהם משועבדים לבע"ח לא מיעקר נחלה דאורייתא · וגם בלאו הכי מצד הסברא כיון דתיקנו רבנן דהבנות יזונו בנכסים מועטין ודוחים את היורשים שהמה יורשים מן התורה חזינן דאלימי אלמוה רבנן לתקנתם יותר משל תורה · לפי זה מוכח דאם לוה מאחד שלא ישלם לו רק אם יהי' לו וגם לוה מאחד שישלם לו בלי שום תנאי ואין להלוה נכסים לפרוע את שניהם שני הבעלי חוב חולקין בהנכסים דמיקרי דיש לו · ואין לסתור דברינו מדברי הר"ן על הרב אלפס בקדושין (דף ס') ד"ה ע"מ וכו' אבל כתבו דמי שיש לו קרקע שמעלה מס כיון שהיא שלו לגמרי מקודשת · ובלבד שיהא לו בכדי שיהא בה כבית כור עפר שאינו מעלה מס דעל מנת שיש לי בית כור עפר שלו גמור משמע · הביאו הרמ"א באבן עזר סימן ל"ח סעיף כ"א · פירוש לדברינו דאם קידשה על מנת שיש לו בית כור עפר אם יש לו רק בית כור עפר ומעלה מזה מס דמיקרי אין לו ואינה מקודשת עיין שם שכן מבואר בהדיא · ולפ"ז לכאורה מוכח מהכא איפכא מדברינו דלא מיקרי יש לו אם הוא צריך ליתן לבע"ח אחר · ומכל שכן נלמוד זה מהתם כמובן · אך נראה לי דמהתם אין ראיה כלל · דנוכל לומר בקדושין שאני דדעתא דאשה היה שיהיה לו בית כור עפר שאינו מעלה ממנה מס דיהיה ריוח ביתא ובמעלה ממנה מס ליכא ריוח כולי האי שצריך להוציא ממנו על מס ומוזכרת

זאת הסברא בכתובות (דף פ' ע"ב) ׳ ולפ"ז קמה וגם נצבה ראיותנו מסך דבבא בתרא ומסך דכתובות ׳ דמיקרי דיש לו אף שצריך ליתן לבע"ח אחר :

ולפי זה לפי מה שבררנו ׳ יש לחקור אם יוכל הלוה לתפוס את המעות שלו עבור הבע"ח שלוה מאתו לשלם לו בלי שום תנאי ואין הבע"ח שלוה מאיתו שלא ישלם לו רק אם יהיה לו יכול לגבות מאותן המעות ׳ לפי מה שכתבנו לעיל דאם אין המלוה בעיר אין הלוה יכול לזכות ע"י אחר שיהיה המעות הללו שייכים למלוה פלוני כדי שלא יוכל בע"ח אחר לגבות מאותן המעות ׳ כיון דאין להלוה מיגו דאי בעי היה נותנם המעות להמלוה ׳ לפי זה יש לחקור בנידון דידן ׳ כיון דיש להלוה זכות במאי דזכי שיהיה המעות הללו שייך להמלוה שלוה מאתו לשלם לו בלי שום תנאי ׳ דאם לא ישלם להמלוה הזה מיקרי לוה רשע ולא ישלם ׳ ומה שלא ישלם להמלוה שלוה מאתו שלא ישלם לו רק אם יהיה לו עבור זה לא מיקרי לוה רשע ולא ישלם ׳ לפי זה יש זכות להלוה מה שזכה את המעות עבור המלוה שלוה מאיתו לשלם לו בלי שום תנאי ׳ וכיון דיש זכות להלוה באותה זכיה יכול לתפוס אף שהוא חב לאחרינא ׳ וזאת כתבתי בפרחים הקודמים בארוכות ובריש פרח זה בקצרה ׳ שיכול הלוה לזכות ע"י עצמו שיהיה מעות הללו קנוים למלוה פלוני שלו עבור חובו ואין יכול מלוה אחר לגבות את חובו מאלו המעות אלא כל המעות כמה שייכים להמלוה שזיכה לו ע"י עצמו ׳ או דילמא שאין הלוה יכול לתפוס עבור המלוה שלוה לו לשלם לו בלי שום תנאי אף דיש לו זכות בהאי זכיה מ"מ כיון דהאי זכיה דלנפשיה הוא רק אם מקודם יזכה לאחרינא במקום שחב לאחריני ׳ וכיון שבטל הזכיה מה שתופס לאחריני ׳ ממילא בטילה גם הזכיה דלנפשיה כיון דהזכיה דזכי לנפשיה נמשכת ממה שתופס במקום שחב לאחרינא ׳ ואי אפשר להיות זה בלא זה ׳ משא"כ בשאר דוכתי דאמרינן דהיכא דיש לו זכיה לנפשיה יכול לתפוס לאחרינא אף במקום שחב לאחרים דשם יכול להיות שיזכה לנפשיה ולא יתפוס לאחרינא ׳ דוק ותשכה בכל המקומות ותמצא כדברי :

ונ"ל דהדין הזה תלוי באשלי רברבי מחלוקת הסמ"ע והש"ך דהסמ"ע כתב (בסימן ק"ה ס"ק ג') דהא דאדם יכול לתפוס לאחרינא אף במקום שחב לאחרינא היכא דיש לו להתופס זכות לנפשיה בהתפיסה הזה ׳ היינו דווקא באופן זה כגון ראובן שחייב לשמעון ולוי ויהודא לכל אחד מאה זהובים ותפס שמעון מראובן שוה מאה זהובים דבזה אמרינן לא מבעי אם תפסו בשבילו ובשביל לוי שכל אחד יקח מהתפיסה חמשים זהובים דאמרינן מיגו דמהני תפיסה לנפשיה מהני נמי גבי לוי אלא אפילו תפס כל המאה בשביל לוי לחוד ׳ אמרינן מיגו דאי בעי היה תופס כל המאה לנפשו שהרי חייב לו ג"כ מאה מהני נמי גבי לוי ׳ אבל אם תפס משל ראובן שוה ק"כ זהובים ורוצה לזכות בהמותר מחובו ללוי לא מהני ׳ כיון דלנפשיה לא מצי לזכות בכולו שהרי חובו אינו אלא מאה ולפי דבריו הסברא מה שיכול לתפוס לאחרינא במקום שחב לאחרים היכא דבהתפיסה הזה יש לו זכיה לנפשיה הוא משום כיון דאי בעי זכי לנפשיה נמצא במה שתופס לאחרינא אינו חב לאחרינא בהתפיסה הזה כיון דיכול לזכות לנפשיה ׳ ולפי זה אין הלוה יכול לזכות עבור המלוה שהלוה לו שישלם לו בלי שום תנאי אף שיש לו זכות במה שתופס עבור המלוה הזה דכיון דהזכות דאית ליה לנפשיה אינו יכול להיות כי אם כשיתפוס לאחרינא במקום שחב לאחרינא כדכתבתי לעיל ׳ לכן אינו מועיל התפיסה מה שתופס עבור המלוה הזה ׳ אכן לפי שיטת הש"ך שם בס"ק ב' שהדין כפי מה שכתב הב"י שיכול לתפוס אף ק"ל זהובים דכיון דאית ליה זכיה בהגבהה זו זכי נמי להבריה אפילו יותר ממה שיכול לזכות לעצמו אף על גב דלא שייך מיגו ׳ לפי דבריו נוכל לומר דיכול לתפוס הלוה עבור המלוה שהלוה מאתו לשלם לו בלא שום תנאי ׳ דכיון דעכ"פ יש לו זכיה לנפשיה בהתפיסה ר־־ אע"ג דל[...] ליה מיגו ׳ והנה ראיתי להאורים ותומים שם בס"ק ג' שהשיג על הש"ך ואחריו החזיק בדבריו בעל נתיבות המשפט ׳ לפי זה לכאורה הדין עם הסמ"ע ׳ ומשום זה גם בנידון דידן אינו יכול לתפוס הלוה עבור המלוה שהלוה לו שישלם לו בלי שום תנאי ׳ אך לפי עניות דעתי אינו מובן לי ראיות האורים ותומים שהביא כנגד הש"ך ׳ אף שמי אנכי שאכנים ראשי בין הררים הגדולים כאלו עמודי עולם וכל בית ישראל נשען עליהם ׳ מ"מ אדון אנכי בדבריהם כאחד מתלמידי תלמידיהם הקטנים ׳ וזה אשר מה שחנן לי ה' בקוצר דעתי ׳ שמה שהביא האורים ותומים ראיה מסך דבור של עולי בבל דהיתא בבילה (ד' ל"ט ע"ב) דפירש רבינו תם שם בתוספות בדברי המתחיל הכי וכו' דאף דקי"ל המגביה מציאה קנה חבירו מ"מ, הטעם משום מיגו דזכיה לנפשיה ואין לו יותר מתחומו ׳ הרי דאם לזה אלף אמה מעירו ולחבירו אלפים אמה ׳ אין חבירו יכול להוליך המים יותר מאלף אמה ולא אמרינן הואיל ויש לו יד במים יוכל לזכות לחבירו יותר ממנו ׳ כמו שכתב הש"ך לענין מעות אלא ש"מ דלא אמרינן כן ׳ ודברי ר"ת נקבעים להלכה כמש"כ בה"ה ס' של"ב ע"ש ברמ"א ׳ ואם כן הדין מבורר כדעת הסמ"ע ׳ ומפני קיצור דעתי איני מבין דבריו הקדושים ׳ דיש חילוק בין מיגו דאי בעי זכי לנפשיה ובין מיגו דזכי לנפשיה כמש"כ השיטה מקובצת בבבא מציעא (דף ח') בדברי המתחיל ורבא אמר לך וכו' ׳ ויש לומר דלא דמי האי מיגו למיגו דהתם ׳ דאינו כהיא דהתם לא זכי לנפשיה ממש אלא דאי בעי זכי לנפשיה והוא מיגו לית ליה לרב נחמן ׳ אבל הכא דבעי לומר מיגו דזכי לנפשיה ממש זכי נמי להבריה אף רב נחמן מודה ביה הריטב"א ע"כ לשונו ׳ וכסברא זו כתב השיטה מקובצת (בדף י') בדיבור המתחיל אמר רבי חמא בר אבא אמר רבי יוחנן וכו' בשם הר"ן ׳ ולפי זה אינו ראיה משיטת ר"ת בבילה הנ"ל כדברי הסמ"ע כמש"כ באורים ותומים ׳ דהתם שאני דאף דיש לו מיגו להממלא דאי בעי זכי לנפשיה והי' יכול להוליך המים אלף אמה מ"מ לא יכול לזכות לחבירו שיוכל להוליך אלפים אמה כפי תחום חבירו ׳ כיון דבאמת אין להממלא שום זכיה במים ׳ לכן אין חבירו יכול להוליך המים רק אלף אמה כפי תחום של הממלא משא"כ בכך דינא דפליגי הסמ"ע והש"ך הנ"ל דשם התופס יש לו באמת זכיה לנפשי' שתפס עבור חובו מאה זהובים ׳ ויכול לתפוס ג"כ עוד חמשים זהובים עבור חבירו שמגיע לו ג"כ מהלוה הזה בעת שתופס המאה זהובים עבור חובו ׳ אף שהוא חב לאחרינא בהתפיסה הזה מ"מ כיון דאי זכי לנפשיה זכי נמי להבריה ויכול לתפוס אף יותר מכדי חובו כדברי הש"ך :

ומה שהביא עוד האורים ותומים ראיה לדברי הסמ"ע מבבא קמא (דף ע') דקאמרינן בליח שוי' ׳ ולכך אי תפיס משל נאמן מפקדון דהוי תופס לבע"ח ולחד לישנא אמרינן שותפו נינהו ׳ וקאמרינן למאי נ"מ למתפס פלגא הואיל והוא שותף בו וקשה א"כ כולי לתפוס דהו לא הוי תופס לבע"ח דכיון דיש לו יד במקצת ודאי זוכה בכולו כמש"כ הש"ך ׳ וע"כ צ"ל דזה אינו דאינו יכול לתפוס יותר מאשר תשיג ידו לתפוס בשלו ׳ ולפי קיצור דעתי איני מבין לדבריו דהא איתא התם בבבא קמא רב אשי אמר כיון דכתבי ליה כל דמתעני מן דינא קבילות עלי שליח שויה ואיכא דאמר שותפא שויה ׳ למאי נפקא מינא למיתפס פלגי ׳ וכיון דהגמרא מסיק למאי נפקא מינא למיתפס פלגי על מאי דנכתוב בהרשאה כל דמתעני מן דינא קבילות עלי ׳ הא בפירוש מיחה המרשה את המורשה שלא לתפוס עבורו את כל החוב משום זה אין המורשה יכול לתפוס את כל החוב לפירוש קמא דרש"י שם דאינו יכול לתפוס את כל החוב עבור המרשה מיד הנאמן כיון דאין המרשה רוצה שיזכה עבורו המורשה את כל החוב דאין זכין לאדם בעל כרחו ׳ ולפירוש שני דרש"י שם בודאי לא קשה ע"ד הש"ך הנ"ל ׳ וכיון שישבנו את הקושיות של אורים ותומים על הש"ך הנ"ל לפי הנראה שהדין עם הש"ך כמו שפוסקים הדין בכל מקום כדברי הש"ך ׳ אם

הולך על הסמ"ע · ובספר קצות החושן הביא ראיה לדברי הש"ך · דאפילו בתופס יותר מכדי חובו אמרינן מיגו דזכי לנפשיה · דהא בשליח לדבר עביר' · דודאי לא הוי שליח ואפ"ה בשותפין שגנבו שיהא דגנב אדעתי' דידיה ואדעתא דחברי מהני משום מיגו דזכי לנפשיה בהאי זכי נמי לחבריה אפילו במקום דליכא שליחות כגון בגניבה דהוי דבר עבירה · ומבואר להדיא בפ"ק דמציעא (דף ח') וע"ש ברש"י · ואם כן דאי תפיס אדעתיה דידיה ואדעתיה דחבריה מועיל אפילו יותר מכדי חובו משום מיגו דזכי לנפשיה זכה נמי לחבריה דמהני אפילו בדבר עבירה · ואף שבעל נתיבות המשפט שם סתר הראיה של קצות החושן · וכתב דאדרבא יש משם ראיה להיפך · דהא התוספות שם באמת סתרי דברי רש"י · וכתבו דשותף שגנב על דעתו ועל דעת חבירו פטור מטעם זה דאין שליח לדבר עבירה רק בשותפין שגנבו שהגביהו שניהם חייבין כן · אמת דבספרו שם בסימן שמ"ח תמה על התוספות דהא בשותפין שהגביהו שניהם על כרחך ג"כ מטעם מיגו דזכי אתינן עלה · וא"כ מה הפרש יש בין הגביהו שניהם ובין הגביה אחד מדעת שניהם ע"ש · ובאמת לא קשה מידי ודברי התוספות מזוקקין שבעתים וכו' ע"ש שהאריך בתירוצו · ובהשקפה הראשונה אמרתי ליישב קושיות קצות החושן ויהיה מזה ראיה לדברי הש"ך הנ"ל · דגם התוספות מודים לדברי רש"י שגם בשותפין שגנבו שהגביהו שניהם צריכין גם כן הטעם מיגו · ומה שחלקו התוספות על רש"י דבשותף שגנב על דעתו ועל דעת חבירו דפטור אינו כפשוטו · דהתוספות סוברים דפטר בזה חבירו מלשלם הכפל דזה אינו דהא ג"כ בזה יש לחייב את חבירו מטעם מיגו · רק בזה פליגי · דרש"י סובר שותף שגנב על דעתו ועל דעת חבירו חייבין שניהם לשלם הכפל ואחראין וערבאין זה לזה · אם לא יהיה לאחד מן השותפין שגנבו לשלם חלקו · חייב שותפו לשלם כל הכפל כדין שאר השותפין שלוו מאחד אחראין וערבאין זה לזה · אם לא יהיה לשלם האחד השני מחויב חבירו לשלם בשלימות ומשפטם מבואר בח"מ סי' ע"ז ע"ש · ועל כרחך צריך לומר כן לפי פירוש רש"י דפירש דשותפין שגנבו מיירי שגנב אחד מהם על דעתו ועל דעת חבירו · דאם אין לאחד לשלם מחויב חבירו לשלם הכל · דאם לא כן אמאי קראם הברייתא שותפין שגנבו מאי שותפות יש בזה · הוה ליה להברייתא למינקט גנב על דעתו ועל דעת חבירו · אלא ודאי דלפי פירוש רש"י שותפין שגנבו הוי כמו שאר שותפין · והתוספות פליגי על זה · דהא שותפין שבאים להשתתף אין השותפות נגמר בדיבור לומר שאם אמר שותי ונשתתף יחד בכך וכך שלא יוכלו לחזור בהם ואינו מתקיים אלא בקנין · והכא אינו מועיל שום קנין דמהני בשאר דוכתי רק קנין דהגבהה שיגביהו שניהם את הגניבה עיין בריש ס' קע"ו ותבין את זה · לכן כתבו התוספות דהברייתא דשותפין שגנבו מיירי שהגביהו שניהם · רק דבטביחה מיירי בטבח על דעת חבירו לכן חייב חבירו לשלם כולו אם אין לחבירו לשלם חלקו דכיון שבגניבה נגמר שותפתן בקנין שהגביהו שניהם בשעה שגנבו מועיל הקנין הזה ג"כ להשותפות דטביחה כמובן וגם לפי עניות דעתי נראה דרש"י סבירא ליה גם כן אף לפי פירושו שפירש דמיירי שגנב על דעתו ועל דעת חבירו מיירי שהיה קנין דהגבהה · וכ"ת מה מועיל מה שהגביה האחד על דעתו ועל דעת חבירו · אף שעל החלק של חבירו מועלת הגבהה שהגביה הוא שיהיה מחוייב לשלם ג"כ את חלק חבירו אם לא יהיה לחברו לשלם מ"מ חבירו במאי נתחייב אם לא יהיה לאחד מן השותפין שגנב על דעתו ועל דעת חבירו לשלם דהא חבירו לא הגביה הגניבה שיהיה שותפתן נגמר ע"י קנין שיהיו אחראין וערבאין זה לזה דהא אינו יכול לזכות ע"י עצמו את חלקו שיהיה גם לחבירו שותפות בה והדבר הזה מוכרע מדברי השולחן ערוך בריש ס' קע"ו הנ"ל דכתב שם דהשותפין צריכין שיגביהו שניהם הכיס ואז נגמר קנין וגם הדבר הזה מבואר ברא"ש בפרק הגוזל קמא ס' י"ח תנו רבנן וכו' אין אדם זוכה בשלו לאחר אם לא יזכה לו ע"י אחר וכו' עד כאן לשונו וכהאי גוונא כתב הרא"ש בבבא בתרא פ' המוכר את הספינה ס' ע"ז ומביאו הסמ"ע בס' ר' ס"ק ה' · ונראה לפי עניות דעתי דרש"י מתרץ זאת דמאן הוא מרי דשמעתיה דבבא מציעא (דף ח') הוא רבא ועל זה פירוש רש"י בדברי המתחיל ואילו שותפין שגנבו והאחד הוציאה מרשות בעלים לדעתו ולדעת חבירו אמרינן בבבא קמא דחייבין עכ"ל ורבא אזיל לשיטתו דמשני בגיטין (דף ע"ז על הא דפריך הגמרא שם על מאי דאיתא במתניתין הזורק גט לאשתו והוא בתוך ביתה ובתוך חצירה הרי זו מגורשת ופריך הגמרא חצר מה שקנתה אשה קנה בעלה ומשני רבא לפי מאי דפירוש רב אשי דבריו אשו יד עבד למאן דאמר בשטר ע"י עצמו יד עבד כיד רבו דמי אלא גיטו וידו באין כאחד הכא נמי גיטה וחצרה באין כאחד לפי זה הכא נמי אעפ"י דבעלמא אינו יכול לזכות אדם דבר שהוא שלו ע"י עצמו מ"מ הכא סבירא ליה לרש"י דאם גנב אחד על דעתו ועל דעת חבירו וחבירו ביקש מאתו שיגנוב עבורו ויהי' שותפין ואחראין וערבאין זה לזה שאם לא יהי' למי שגנב על דעת חבירו לשלם חלקו מחוייב חבירו לשלם בשלימות גם עבור שותפו אף שלא הגביה את חלק חבירו שיזכה בה שיהי' שותף גם בחלק חבירו מ"מ כיון שביקש את חבירו שיגנוב עבורו ושיהיו שותפין בגניבה הזה יכול לזכות שמגביה את חלקו לחבירו שיהי' שותף גם בחלקו דכיון דקודם שהגביה הגניבה לא היתה שלו ובהגבהה זאת נעשית שלו יכול לזכות בהגבהה זו שיהיה חבירו שותף גם בחלקו דמה שנעשית ע"י הגבהה שלו שיהי' שלו והזיכוי לחבירו שיהי' שותף בחלקו באין כאחד כן סבירי' ליה רבא לפי פירוש רש"י דבבא מציעא ואזיל לשיטתו כמו דאמר בגיטין הנ"ל דגיטו וחצירו באין כאחד והתוספות מיאנו בזה הסברא דבגיטין הוא דאמר רבא גיטו וחצירו באין כאחד דלאדם אחד באין כאחד דהגט לאחר שנתגרשה שייך לה וגם החצירה לאחר שנתגרשה ג"כ שייך לה לכן אמר רבא דגיטו וחצירו באין כאחד · משא"כ הכא בשותף שגנב על דעתו ועל דעת חבירו לא אמרינן דע"י הגבהה נעשית הגניבה שלו הויה והזכוי לחבירו שיהי' גם חבירו שותף בחלקו שיהי' באין כאחד כיון דלשני בני אדם הוא דמה שנעשית אליו של הגניבה שלו הוא לאדם אחד והזיכוי שיהי' חבירו שותף בחלקו ג"כ לאדם אחר וכעין סברא זו מוזכרת בש"ס בכמה דוכתי לכן פירשו התוספות דמיירי הברייתא שותפין שגנבו שהגביהו שניהם כן אמרתי בהשקפה ראשונה :

אחר זה ראיתי לשיטה מקובצת בבבא קמא (דף ע"ח) דיבור המתחיל שותף שגנב ובאותו דיבור המתחיל לענין בשם הרב המאירי ז"ל כו' ומכל מקום אם הוציאה אחד מרשות בעלים מדעתו ומדעת חבירו אין חייב אלא המוציא שלא נתרבה חיוב ע"י שליח אלא לטביחה ומכירה אבל לגניבה לא וגדולי הרבנים פירשו כן אף בגניבה בפרק קמא דמציעא ואין דבריהם נראין עכ"ל פירוש לדבריו דבכמה דוכתי בש"ס ואחד מהם שם בדף ע"א נתרבה מקרא דבטביחה יש שליח לדבר עבירה עיין שם · הרי מוכח מתוך דבריו דמה שמיאנו הראשונים פירוש רש"י דבבא מציעא (דף ח') הוא מטעם דאם שותף גנב על דעתו ועל דעת חבירו אין חבירו מתחייב משום דאין שליח לדבר עבירה ולפי זה הדרא קושיות קצות החושן לדוכתי על התוספות דבבא מציעא (דף ח') הנ"ל דהא בשותפין שהגביהו שניהם על כרחך ג"כ מטעם מיגו דזכי אתיין עלה · וא"כ מה הפרש יש בין הגביהו שניהם ובין הגביה אחד מדעת שניהם · לכן נראה לפי עניות דעתי לתרץ דברי התוספות באופן אחר · דהתוס' סוברים בשותף שגנב על דעתי' ועל דעת חברו אף שיש לו המיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה · מ"מ בעת שצוה לו המשלח לגנוב עבורו לא היה שום זכיה לנפשיה (ועיין בתמורה (דף ד') דרבא בעצמו ס"ל דכל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ובטלה אמירתו של המשלח לגמרי משום

זה

זה פרשו התוספת דמיירי שהגביהו שניהם משום הכי חייבין מטעם מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה׳ וגם פירוש רש"י נוכל ליישב דרש"י סובר דהכל חד דבר הוא׳ דכיון דאם לא ציוה אותו מקודם שיגנוב עבורו לא היה גונב ובעת שגנב היה על דעתו ועל דעת חברו ואיכא זכיה לנפשיה לכן זכי נמי לחבריה מטעם מיגו׳ (וכדומה לזה הסברא איתא בכמה דוכתי בש"ס׳ ואחד מהם איתא בכתובות (דף ל"א ע"א) לימא פליגא דרבי אבין׳ דאמר רבי אבין הזורק חץ מתחילת ארבעה לסוף ארבעה וקרע שיראין בהליכתו פטור שעקירה צורך הנחה היא וכו׳)׳ כן נראה לפענ"ד לתרץ פירוש רש"י שנוכל לומר כדברנו אף שישבתי בטוב טעם לתרץ קושיות הקצות החושן על התוספת:

היוצא מדברינו דבין לפירוש רש"י ובין לפירוש התוספות הא דשותפין שגנבו חייבין הוא מטעם כיון דאיכא זכייה לנפשיה אמרינן מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה׳ אף שחב לבעל הבית׳ וגם מובן מאליו שבעה"ב אינו חייב להם כלום ולפי זה אתי שפיר ראיות הקצות החושן הנ"ל דמוכח משותפין שגנבו וכו׳ כדברי הש"ך דיכול המלוה לתפוס יותר מכדי חובו עבור מלוה פלוני אף שחב לאחרינא שהלוה חייב ג"כ לאנשים אחרים כיון דיש להמלוה התופס זכייה לנפשיה שתופס עבור חובו אמרינן מיגו דזכי לנפשיה בהתפיסה הזה יכול נמי לתפוס ולזכות עבור מלוה פלוני ודבר זה נלמוד במכ"ש משותפין שגנבו וכו׳ כמובן:

פרח י אות ב

וגם נראה לפי עניות דעתי להביא ראיה לדברי הש"ך ממה שחנן ד׳ אותי ברוב חסדיו׳ דאיתא בבבא קמא (דף קי"א ע"א) תנו רבנן נתן אשם ליהויריב וכסף לידעיה יחזיר כסף אצל אשם דברי רבי יהודה׃ וחכמים אומרים יחזיר אשם אצל כסף׳ היכי דמי אלימא דיהיב ליה אשם ליהויריב במשמרתו דיהויריב׳ וכסף לידעיה במשמרתו דידעיה׳ זה זכי בשלו וזה זכה בשלו׳ אמר רבא הכא במאי עסקינן דיהיב אשם ליהויריב במשמרתו דיהויריב׳ וכסף לידעיה במשמרתו דיהויריב׳ ר׳ יהודה סבר כיון דלאו משמרת דידעיה הוא לידעיה קנסינן ליה הילכך יחזיר כסף אצל אשם׳ ורבנן סברי שלא כדין עביד בני יהויריב דקיבלו אשם מקמי כסף הילכך לדידהו קנסינן להו ויחזיר אשם אצל כסף׳ ואם נאמר דאין המלוה יכול לתפוס יותר מכדי חובו עבור מלוה פלוני במקום שחב לאחרינא׳ אמאי צריך ר׳ יהודה לומר דלידעיה קנסינן׳ הא בלאו הכי לא זכו משמרת ידעיה כיון דלאו משמרתו הוא וחב לאחרינא למשמרת דיהויריב׳ דהמשמרת שמה שלהם ואינו יכול לזכות הכהן משמרת דידעיה שיזכה אגבי משמרתו׳ וכי תימא דמלבד הכהן שלקח לא מצריכינן לקנסינן להו כדכתבתי כיון דלאו משמרתם הם׳ רק לכהן ממשמרת ידעיה שלקח צריך ר׳ יהודה לומר דלא זכה בחלקו׳ משום דקנסינן ליה׳ דאי לאו טעמא דקנסינן ליה הוה יכול לזכות הכהן שלקח נגד כפי חלקו׳ ויכולים לסייע לזה מלשון הגמרא דבדברי ר׳ יהודה איתא בגמרא לידעיה קנסינן ליה בלשון יחיד ובדברי רבנן איתא בגמרא הילכך לדידהו קנסינן להו בלשון רבים׳ לפי זה לכאורה מוכח מדשינה הגמרא בלשונה׳ משמע מזה דמה שאמר ר׳ יהודה הטעם דקנסינן ליה הוא רק משום שלא יזכה הכהן שלקח כפי חלקו׳ לכן אמר לידעיה קנסינן ליה בלשון יחיד׳ ולפי זה לא מוכח מכאן דהמלוה יכול לתפוס יותר מכדי חובו׳ אבל נראה לפענ"ד׳ דזה אינו דאיתא בירושלמי בפירקין׳ רבי אומר אם כדברי ר׳ יודן אם הקריבו בני יהויריב את האשם לא נתכפר להן׳ אלא יוליך את הכסף מבני ידעיה אל בני יהויריב ויקריבו בני יהויריב את האשם ויתכפר להן׳ זאת אומרת אגבי משמר שזכו במשמר שלא בשבתן מוציאין אותו מידן׳ הרי מלשון הירושלמי מוכח דהטעם דקנסינן ליה קאי על כל אנשי משמרת ידעיה׳ דזה דוחק לומר דמה דאמרינן בירושלמי יוליך את הכסף מבני ידעיה וכו׳ ומאי דאיתא אח"כ אגבי משמר שזכו וכו׳׳ לאו מחד טעמא הוא דעל הכהן שלוקח את הכסף הוא מטעם דקנסינן ליה׳ ועל אגבי המשמר הטעם שלא זכו בהכסף׳ ומטעם משום שהכהן שתפס את הכסף לאגבי משמרתו הוא חב למשמרת יהויריב ואנן קיימ"ל דאף התופס לבע"ח במקום שחב לא קנה׳ דלפי הנראה דחדא טעמא הוא׳ האי דלא זכה הכהן שלקח את הכסף כפי חלקו׳ והאי דלא זכה הכהן עבור אגבי משמרתו׳ מדכללן הירושלמי בחד לישנא׳ הכהן שלקח את הכסף ושאר אגבי המשמר׳ גם נראה לי כיון דיש נ"מ לדינא בין הכהן שלקח את הכסף׳ ובין שאר אגבי משמרתו׳ אם נאמר דהכהן שלקח את הכסף הוא מטעם דקנסינן ליה דלא יזכה בהכסף ובשאר אגבי משמרתו הטעם שלא זכו בהכסף משום התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים׳ דלפי זה אם הכהן שלקח את הכסף קידש אשה בזה הכסף מקודשת מדאורייתא׳ ועיין באבן עזר סימן כ"ח סעיף י"ג וסעיף כ"א׳ ואם אחד משאר אגבי המשמר קידש אשה בכסף הזה לא הוי מקודשת כלל׳ דהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא יש לבע"ח שום זכייה בהממון לא מדאורייתא ולא מדרבנן וגם יש נ"מ אם הכהן שלקח את הכסף לא ידע שאסור לקבל את הכסף שלא במשמרתו׳ ויכול להיות דלא קנסינן ליה כיון דשוגג הוא וזה מבואר בכמה דוכתי בש"ס שלא קנסוה בשוגג עיין בגיטין (דף נ"ג ע"ב) לחד לישנא ר׳ יהודה סבירא ליה דלא קנסינן שוגג אטו מזיד׳ וגם מסיק שם הש"ס דלר׳ יהודה בדרבנן לא קנסוה בשוגג׳ והכא הוי רק איסור דרבנן בעלמא שלא יקחו הכסף שלא במשמרתם׳ אף שאיתא בבבא קמא (בדף ק"ט) תנו רבנן לה׳ לכהן קנאו השם ונתנו לכהן שבאותו משמר׳ אתה אומר לכהן שבאותו משמר או אינו אלא לכהן שירצה׳ כשהוא אומר מלבד איל הכיפורים אשר יכפר בו עליו הרי להכהן שבאותו משמר הכתוב מדבר׃ נראה לפי עניית דעתי לפי השקפה ראשונה דמה שמרבה הכתוב שיתן הכסף לכהן שבאותו משמר הוא רק לכתחילה בעלמא יתן לכהן שבאותו משמר׳ דאם לא כן אמאי הוצרך ר׳ יהודה לומר דקנסינן לידעיה׳ דהא אף בלא טעמא דקנסינן לידעיה ג"כ לא זכה בהכסף כיון דלאו משמרתו׳ דהתורה אמרה בפירוש שיתן את הכסף לכהן שבאותו משמר׳ אלא ודאי רק לכתחילה אמרה תורה כן׳ ואין להקשות על דברי מתוספות מנחות (דף ל"ח) דברי המתחיל ואם וכו׳ תימא כיון דמקרא הוא דדרשינן דלבן בריסא׳ נימא דמעכב דהא לא בעינן שנה הכתוב לעכב אלא בקדשים ע"כ לשונם׳ לפי זה לכאורה לא נוכל לומר דהא דמרבה הקרא דיתן הכסף לכהן שבאותו משמר דהוא רק לכתחילה׳ דיש לומר דהגזל הוי כמו קדשים דהשם קרייה רחמנא עיין בב"ק (בדף ק"ט) ולקמן אי"ה נאריך בזה׳ אחר כך ראיתי להרשב"א שכתב (בדף ק"ט) דברי המתחיל הרי הכהן שבאותו משמר הכתוב מדבר׳ פירוש כשהפריש אשמו׳ לפי שצריך להקדים גזלו לאשמו וכדאיתא לקמן׃ ואחר שהפריש אשמו אינו רשאי לשנות כפרתו׳ והלכך צריך להביא אשמו באותו משמר׳ וכיון שכן אף הוא חייב להקדים גזלו ואשמו באותו משמר׳ ולפיכך למקום שהאיל הולך לשם גזלה הולך׳ ומה ששנינו במשנתינו נתן את הכסף ליהויריב אשם לידעיה יצא׳ היינו בשהקדים הכסף עד שלא הפריש אשמו כ"כ הראב"ד ז"ל ע"כ לשונו׳ ולפי זה הפלוגתא דר׳ יהודה וחכמים מיירי ג"כ שלא היה האשם מופרש בשעת הפרשת הגזילה וגם בשעת שנתן הכסף לידעיה עדין לא היה מופרש האשם׳ אך שבגמרא איתא נתן אשם ליהויריב וכסף לידעיה׳ דלכאורה משמע שנתן האשם קודם ליהויריב׳ לאו דוקא הוא והתנא נקט כפי סדר המשמרות שמשמרות יהויריב הוא קודם למשמרת ידעיה עיין בשיטה מקובצת (בדף קי"א) דברי המתחיל ונתן ותמצא כדברי׳ ולפי זה יכול הגזלן ליתן הגזילה לכל משמר שירצה׳ דעל זה לא נאמר הכתוב מלבד איל הכפורים וגו׳ שמוכיח הברייתא מזה שלכהן שבאותו משמר הכתוב מדבר׳ משום זה צריך לטעמא דקנסינן ליה שקיבלו את הכסף שלא במשמרתם

במשמרתם · אף דיכולים לקבל הכסף במשמרתן · כיון שעדיין לא הפריש את אשמו מ"מ מאד בהיתה תקנה בין המשמרות שלא יקבלו שום דבר שלא במשמרתם דכל מה שבא במשמרה זה אסור למשמרת השני לקבל · ולפי זה לא עברו משמרת ידעיה על שום איסור תורה · לפיכך נוכל לומר לפי מאי דסובר ר' יהודא בגיטין הנ"ל שלא קנסו בשוגג · הכא נמי אם הכהן שקיבל את הכסף לא ידע שאינו רשאי לקבל הכסף שלא במשמרתו לא קנסינן ליה · ולשאר אנשי המשמר אף אם קיבל הכהן הכסף בשוגג ג"כ לא זכו · דהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים אף בשוגג לא קנה הבע"ח :

גם יש נ"מ אם מת הכהן שקיבל הכסף שלא במשמרתו לפי הנראה לא קנסינן לבנו שלא יירש את חלקו · כדאמרינן במועד קטן (דף י"ג) ואמר רבי יוסי ב"ר חנינא נקטינן הטיהה ומת בנו זורעה אלמא לדידיה קנסו רבנן לבריה לא קנסו רבנן · ה"נ לדידיה קנסו רבנן לבריה לא קנסו רבנן · אמר אביי נקטינן טימא טהרותיו ומת לא קנסו בנו אחריו · מאי טעמא היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק · לדידיה קנסו רבנן · לבריה לא קנסו רבנן · לפי זה הכא נמי כשמת הכהן שלקח הכסף לא קנסינן בנו אחריו · ונוטל בנו את חלק של אביו כפי שהיה מגיע לו · ועיין בדברינו דלקמן שנכסי הגר הוי ממון גמור שיכול להורישה לבניו · ושם הארכתי עיין שם · ואם אחד משאר אנשי משמר מת אינו יורש בנו את חלקו כיון דטעמא דלא זכו שאר אנשי משמר בהכסף משום תופש לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא קנה · דהתם אף אם מת הבע"ח ג"כ בנו של הבע"ח לא קנה · ובודאי לאחר העיון תמלא עוד כמה נ"מ · ומדכללן הירושלמי בהדא ליפגא יוליך את הכסף לבני ידעיה וכו' זאת אומרת אנשי משמר שזכו וכו' משמע דחד טעמא וחד דינא אית להו · הן הכהן שלקח את הכסף · והן לשאר אנשי משמרתו · וכן משמע מדברי המפרש שם · ולפי זה כיון שהוכחתי מהירושלמי דטעמא דקנסינן ליה הוא קאי על כל אנשי משמר ידעיה · לפי זה מוכח דבע"ח יכול לתפוס אף יותר מכדי חובו לבע"ח פלוני כדברי הש"ך · דאם לא כן למה מצריך ר' יהודא טעמא על שאר אנשי משמר דקנסינן להו · דהא הכהן שלקח הכסף תפש יותר מחלקו במקום שחב לאחרים למשמרת יהויריב דמשמרתם הם · וזה גרע יותר מהתופש לבע"ח במקום שחב לאחרים · דהתם עכ"פ מגיע לבע"ח מהלוה · משא"כ הכא דהכהן שתופש את הכסף עבור משמרת ידעיה · לא יש להם שום תביעת כסף מדבר הכסף שלקח הכהן שלא ממשמרתם · אלא ודאי מוכח כדברי הש"ך הנ"ל · ולפי זה צריכין אנו לבאר מפני מה נקטה הגמרא דידן לידעיה קנסינן ליה וכו' בלשון יחיד · דמשמע דרק לכהן שלקח את הכסף צריכין לטעמא דקנסינן ליה אבל לשאר אנשי משמרתו בלאו האי טעמא לא זכו בהכסף כדכתבתי לעיל מזה באר היטב · וזה דוחק לומר דפליגא תלמוד דירושלמי עם תלמודא דידן · דתלמוד ירושלמי סבירא ליה דצריכין טעמא דקנסינן גם על שאר אנשי משמר · ולפי זה יהיה מוכח דהמלוה יכול לתפוס אף יותר מכדי חובו למלוה פלוני ותלמודא דידן דנקטה קנסינן ליה בלשון יחיד יהיה מוכח דאין המלוה יכול לתפוס יותר מכדי חובו וכל זה באתי לעיל באריכות · דזה דוחק דהכלל בידינו דמוטל עלינו להשוות שלא יחלוקו תלמוד ירושלמי עם תלמודא דידן בדינא :

ומתחילה אמרתי דמשום הכי נקטה הברייתא קנסינן ליה בלשון יחיד ואחר כך נקטה הברייתא בדברי רבנן הילכך לדידהו קנסינן להו וכו' בלשון רבים · כדי להשמיענו דמשום הכי לרבנן קנסינן לבני יהויריב דמחוייבין להחזיר האשם למשמרת ידעיה · משום דידעו כל אנשי משמרת יהויריב דקיבל הכהן מאנשי משמרתם את האשם מקמי כסף כדאיתא בגמרא לעיל מינה · ורבנן סברי שלא כדין הוא עביד בני יהויריב דקיבלו אשם מקמי כסף וכו' · מלשון זה מוכח דכל אנשי משמרת יהויריב ידעו דקיבל הכהן ממשמרתם את האשם מקמי כסף · הא אם לא ידעו אנשי משמרה יהויריב דקיבל הכהן במשמרתם את האשם · לא קנסינן רק הכהן שלקח את האשם מקמי כסף · אבל אינם מחוייבין להחזיר את האשם למשמרת ידעיה · כיון דלא ידעו לא קנסינן להו · וזה רק מוכח מדנקט רבא לעיל מינה בדברי ר' יהודא לידעיה קנסינן ליה בלשון יחיד · ובדרבנן שינה בלשונו ונקט בדבריהם בלשון רבים מוכח זאת · אבל אי הוה נקט רבא גם בדברי ר' יהודא בלשון רבים לא נוכל ללמוד זאת · לפי מאי דאיתא בירושלמי בריש חגיגה ר' יוחנן בעי חרש באזנו אחת מהו · אמר ר' יוסי ברבי בון מחלוקות רבי יוסי ורבנן דהגיא ולבני אהרן תעשה כתנות · רבנן אמרי שתי כתונות לכל אחד ואחד רבי יוסי אמר אפילו כתונת אחת לכל אחד ואחד · מה טעמא דרבנן ולבני אהרן תעשה כתנות מה טעמא דרבי יוסי למאה בני אהרן תעשה כתנות · והכי תקרא את התורה הזאת נגד כל ישראל באזניהם רבנן אמרי שתי אזנים לכל אחד ואחד רבי יוסי אמר אפילו אוזן אחת לכל אחד ואחד · ופירוש המפרש בדברי המתחיל למאה וכו' כלומר אכתונות דעלמא קאי ובהרבה כהנים משתעי קרא · אבל לכהן אחד אין עושין אלא כתונות אחד שאין הוטין כפולים ע"כ לשון הירושלמי ופירושו · ומביאו התוספות בחגיגה (דף ג') דיבור המתחיל חרש וכו' ועיין שם בטורי אבן · ולפי זה אם היה נקט רבא גם בדברי ר' יהודא בלשון רבים · לא היו יכולין ללמוד מדברי רבנן שאם לא ידעו אנשי יהויריב שקיבל הכהן את האשם מקמי כסף שאינם צריכין להחזיר האשם דקנסינן רק לכהן שלקח זה · דאין אנו יכולין לדקדק מדברי רבנן דנקט לשון רבים דהוה אמינא אכהנים דעלמא קאי כדאמרינן בירושלמי לר' יוסי וגם יהי' לכאורה ראייה לזה דאין אנו יכולים ללמוד זאת דהא גם בדברי ר' יהודא נקט לשון רבים · אבל השתא מדשינה רבא בלשונו שנקט בדברי ר' יהודא בלשון יחיד ודברי רבנן בלשון רבים יכולין ללמוד זה מדברי רבנן כמו שכתבתי לעיל · והירושלמי דלא נחות להשמיענו זאת להכי איתא בירושלמי גם בדברי ר' יהודא בלשון רבים · אך אין עדיין נוחה לי ליישב שלא יהיה פלוגתא בין הירושלמי עם תלמודא דידן בזה האופן כי עדיין צריך עיון מדוע לא משמיענו הירושלמי מה שמשמיענו תלמודא דידן · לכן נראה לי דמשום הכי איתא בירושלמי גם בדברי ר' יהודא בלשון רבים · דמשמע מזה דעל שאר אנשי משמרת ידעיה לבד הכהן שלקח את הכסף צריכין ג"כ לטעמא דקנסינן להו · דאי לאו הכי זכו אנשי משמרת ידעיה בהכסף דסובר הירושלמי דהמלוה יכול לתפוס יותר מכדי חובו עבור מלוה פלוני אף שהוא חב לאחרים כשיטת הש"ך · משום הכי כללן הירושלמי בחד ליפגא הכהן שלקח הכסף עם שאר אנשי משמר כדי ללמדינו בטעם אחד לכן דאם אין טעם אחד להם לא היה כוללן בחד ליפגא כדכתבתי לעיל · ומה שבתלמודא דידן נקט רבא בדברי ר' יהודא לידעיה קנסינן ליה בלשון יחיד · ג"כ ס"ל לרבא שהמלוה יכול לתפוס יותר מכדי חובו כשיטת הש"ך · ואפילו הכי אין אנו צריכין לטעמא דקנסינן להו על שאר אנשי משמרת ידעיה · דכיון דכבר קנסו רבנן לכהן שלקח את הכסף שלא יזכה בהכסף והפקיעו חכמים את זכייתו · ממילא אינו יכול הכהן לזכות את הכסף עבור שאר אנשי משמרתו כיון דלית ליה זכיה לנפשיה אינו יכול לזכות לאנשי משמרתו כיון שהוא חב לאחרינא למשמרת יהויריב דהמשמרת של יהויריב הוא · אבל הירושלמי מצריך טעמא דקנסינן להו גם על שאר אנשי משמר דכיון דקודם שאמר ר' יהודא דקנסינן לכהן שלקח את הכסף יש לו זכיה לנפשיה בהכסף הזה · ואם בעת שאמר ר' יהודא דין זה היה בא לפניו מעשה כזה שיפסוק הדין ע"ד הכסף הזה אם לא יהיה ר' יהודה קניס שאר הכהנים היה פוסק דהכהן שלקח את הכסף לא זכה דקנסינן ליה · אבל שאר אנשי הכהנים זכו בהכסף דכיון בעת שלקח את הכסף היה לו זכיה לנפשיה רק אחר כך קניס ר' יהודה שלא יזכה בהכסף · לכן יכול לזכות הכהן עבור שאר אנשי משמרתו מהאת מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לאחרינא · אף שחב למשמרת יהויריב דהמלוה יכול לתפוש

יותר מכדי חובו כדברי הש"ך · משום הכי מלמדינו הירושלמי דגם מפני מה שאר אנשי כהנים לא זכו בהכסף הוא מטעם דקנסינן להו · אבל תלמודא דידן בעת שנסדרה היה כבר תלמוד ירושלמי סדורה · וכבר אמר ר' יהודה שקנסינן לכהן שלקח את הכסף וכבר הפקיעו חכמים את זכייתו של הכהן לכן אין אנו צריכין לטעמא דקנסינן ליה · דכיון דלית לכהן שלקח את הכסף זכייה לנפשיה לא יכול לזכות את הכסף עבור שאר אנשי משמרתו כדכתבתי לעיל · וזה דוחק לומר כיון דיש לכהן זכיה לכמה פרטים אף לאחר דקנסינן ליה לכן יכול לזכות אף לאחרינא אף דהב למשמרת יהויריב דזה דוחק כמובן · וכי תימא אמאי לא נקט רבא כפי מה שצריך ר' יהודה לומר בעת שאמר דקנסינן לכהן שלקח את הכסף · דהא בתחילת דברי ר' יהודה אמר שגם לשאר אנשי משמרתו הא דלא זכי הוא מטעם דקנסינן להו דאילו יש מעשה בעת הזה כדכתבתי לעיל ומתוך זה נלמוד שהמלוה יכול לתפוס יותר מכדי חובו כשיטת הש"ך כדכתבתי לעיל לפי מאי דאיתא בירושלמי כפי מה שאמר ר' יהודה בריש דבריו נלמוד זאת · יש לומר דרבא אזיל לשיטתו דכיון דפליג בבבא מציעא (דף ח') דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו ובשניס שהגביהו מציאה קנה חבירו · דמזה הוכיח הש"ך כדבריו דהמלוה יכול לתפוס יותר מכדי חובו · דהא גבי טלית שהגביהו ביחד לא יכול לזכות בטלית רק החצי שלו זכי לחבריה אידך פלגא מטעמא דכיון דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה · ואף שאוריס ותומים השיג עליו וכתב דמשם ליכא ראיה כלל דהא יש לו יד לזכות בכל הטלית אילו הגביה אותו לבדו · וכיון דיש לו יד לזכות בכל הטלית זכי לחבריה · אבל בחוב שלא מצי לתפוס רק במאה איך יהיה יוכל לתפוס בשביל חבירו מאתים · לפי עניות דעתי אינו מובן השגה שלו על הש"ך · דמה בכך דמקודם שהגביה חבירו היה לו יד לזכות בכל הטלית · הא השתא כשהגביהו שניהם ביחד אינו יכול לזכות בכל הטלית דחבירו מעכב עליו ואפילו הכי יכול לזכות לחבריה מחמת מיגו דזכי לנפשיה · מזה מוכח דאף מלוה יכול לתפוס יותר מכדי חובו כשיטת הש"ך · וגם כתבתי לעיל שהקלות החושן הוכיח מדברי רבא שאמר שם תדע וכו' ובותפין שגנבו וכו' עיין לעיל שהארכנו בזה הראיה · ומה שכתב הבעל נתיבות המשפט לסתור הראיות אינו מובן לפי קיצור דעתי עיין שם · וגם מזה כתבנו לעיל קצת · וכיון דרבא משמיענו זאת בבבא מציעא דמלוה יכול לתפוס יותר מכדי חובו · לכן לא נחית להשמיענו זאת בבבא קמא · ונקט הלשון בדברי ר' יהודה לפי הצורך בתלמוד בבלי שנסדרה אחר תלמוד הירושלמי כמו שכתבתי · ולפי זה מוכח מבבא קמא בתלמוד ירושלמי ומתלמוד בבלי ומב"מ כשיטת הש"ך דהמלוה יכול לתפוס יותר מכדי חובו :

ואין להקשות על דברינו · האיך כתבתי דיש לכהן שלקח הכסף זכייה לנפשיה ויכול לזכות גם לאחרינא · הא כתבו התוספות במנחות (דף ע"ג) דיבור המתחיל באפילו וכו' בע"ב וא"ת והאיך מקדשין בו את האשה הא לאו ממון כהן הוא כדמשמע בסוף הגוזל קמא (דף ק"י) דאם החזירן בלילה והחזירה חלאין לא יצא דאשם קרייה רחמנא · ועוד מסיק התם (דף ק"ו) דאין חולקין וכו' משום דאשם קרייה רחמנא ע"כ לשונם · ולפי זה לכאורה לא ניחא דברינו שכתבנו · דלאו מטעמא דקנסינן להו למשמרת ידעיה זכה הכהן שלקח את הכסף עבורם דמיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לאנשי משמרתו · הא גם לכהן שלקח את הכסף ג"כ לית ליה זכייה בהכסף דהא ממון גבוה הוא · ואף שכתבו התוספות בתירוצם דהני מילי קודם חלוקה אבל לאחר שיגיע לכל אחד חלקו נעשה ממון כהן · מ"מ הכא לקח הכהן את הכסף קודם חלוקה ובהאי שעתא ממון גבוה הוא · אבל נראה לפי עניות דעתי דדברינו ניחא · לפי מה שאיתא בתמורה (דף ז' ע"ב) איתביה רבא לרב נחמן מוכרים אותו תמים חי אין שחוט לא אימת וכו' · לא לעולם, בזמן הזה מי קתני מוכרין אותו תמים חי אין שחוט לא · הא גופא אתא לאשמועינן דבזמן הזה נמי מוכרין אותו תמים חי · ופירש רש"י על זה בדיבור המתחיל הא גופא קמ"ל · כלומר מאי דקתני בברייתא גופא איצטריך לאשמועינן דמוכרין אותו תמים חי · דס"ד דלית בהו זכייה עד שיפול בו מום ולא משום דתידוק מינה שחוט לא · דהא בזמן הזה קמיירי ובזמן הזה ליכא תם שחוט · עכ"ל · הרי מוכח מכאן דאע"ג דלית ליה זכייה בגווייהו השתא מ"מ כיון דלאחר זמן יכול להנות ממנו כרצונו ויכול לעשות בהדבר הזה כמו שעושה בממונו מיקרי גם השתא ממונו · וכהאי גוונא איתא בבכורות (דף י"א ע"ב) אמר רב נחמן ת"ש הגונב פטר חמור של חבירו משלם תשלומי כפל לבעלים · ואע"פ שאין לו עכשיו יש לו לאחר זמן ופירש רש"י על זה בדיבור המתחיל ואע"פ שאין לו עכשיו · כלומר שאע"פ שאין לו עכשיו רשות יש לו לאחר זמן שיפדהו הלכך הוי כאילו הוא השתא דידיה עכ"ל · ולפי זה ניחא דברינו · דאף דבעת שלקח הכהן את הכסף לית ליה זכיה בה · מ"מ כיון דלאחר זמן יכול לעשות בהכסף כמו שעושה בממונו גם השתא דידיה הוא · וכיון דאית ליה להכהן זכיה בגווייהו אי לאו טעמא דקנסינן לאנשי משמרתו היה זוכה הכהן שלקח את הכסף עבורם וכיון דאית ליה זכיה לנפשיה יכול לזכות עבור שאר אנשי משמרתו אע"ג דהב למשמרת יהויריב דהמשמרת הוא שלהם · לפי זה מוכח כדברי הש"ך דיכול המלוה לתפוס יותר מכדי חובו אע"ג שהוא חב לאחרינא · כמו שכתבתי לעיל :

וכי תימא דמדברי רשב"א שהקשה בקדושין על מה דאיתא בקדושין (דף י"ט) אמר רבא אמר רב נחמן אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קדושין מדר' אסי בר יהודה וכו' ואם תאמר אם כן האיך היא מתקדשת דהא אין זכיה לקטן וכו' ויש לומר דדעת אחרת מקנה שאני וכו' · והכתי לא ניחא דזו זוכה לאחרים הוא דכסף קדושיה דאביה הוא · והתם משמע דאינו זוכה לאחרים עד שיגדל ויביא שתי שערות וכדאמרינן התם וכו' · לכאורה משמע מדבריו שלא כדברי הש"ך · דהא נימא כדברי הש"ך דהמלוה יכול לתפוס יותר מכדי חובו מחמת כיון דאית ליה זכיה לנפשיה · מאי הקשה הרשב"א · דהא כיון דאית לה להקטנה זכיה בקבלת הקדושין דמחויב ליתן לה הבעל שהרה כסותה זכתה נמי עבור אביה הכסף קדושין · אבל אם נאמר שלא כדברי הש"ך קושית הרשב"א נכונה הוא דהא חב לאחרינא בכסף קדושיה · דהא מוציאה כסף קדושיה מרשות בעלה ומכניסה לרשות אביה דאף דהבעל ניחא לי בזה דהא קדשה מדעתו · מ"מ מקרי חב לאחרינא כדמוכח מגיטין (דף י"א) דאמרינן שם דהאומר תן שטר שיחרור זה לעבדי מקרי חב לאחרים דחב לבעלים אע"פ שהרב אומר מדעתו תן שטר שיחרור זה לעבדי וכן מבואר בדברי רש"י בפירושו שם בדיבור המתחיל ואפילו וכו' · דהא מתניתין נמי שליח זה תופס לעבד והב לבעלים עכ"ל. ועי' בקדושין (דף ס"ה ע"ב) רב כהנא אמר אין חוששין לקדושין וכו' אמר ליה רב אשי לרב כהנא מאי דעתיך דילפת דבר דבר ממנון כו' א"ל התם לא קא חייב לאחרינא הכא קא חייבי לאחרינא לפי זה מוכח לכאורה מדהקשה הרשב"א שלא כשיטת הש"ך · שאינו יכול לזכות המלוה יותר מכדי חובו אף שיש לו זכיה לנפשיה כיון שהוא חב לאחרינא · לכן הקשה הרשב"א שפיר האיך יכולה הקטנה לזכות הקדושין עבור אביה אף שיש לה זכיה לנפשה מ"מ הוא חב לאחרינא · אכן נראה לי דלא מוכח מדברי רשב"א דיש לחלק דהיכא דהגברא בר זכיה אך שאינו יכול לתפוס מחמת שהוא חב לאחרינא · בזה אמרינן כיון דאית ליה זכיה לנפשיה יכול לזכות לאחרינא · מה שאין כן בקטנה . כיון דלאו בת זכיה היא · דגופה לא חזיא שתזכה עבור אחרים · אף דאית לה זכיה בגווה אינה יכולה לזכות לאחרינא · וכן

חילוק

חילוק זה מבואר בכמה דוכתי בש"ס ובפוסקים · כידוע ללומדי תורה · משום הכי הקשה הרשב"א שפיר · ואף באפשר ליישב באופן אחר מ"מ התירוץ הזה יותר מורווח בעיני :

ולפענ"ד נראה ליישב בזה הסברא קושיית התוספות בקדושין (דף מ"ב ע"א) דהקשו בדיבור המתחיל איש זוכה ואין קטן זוכה וא"ת למה לי קרא והא קימ"ל (גיטין (דף ס"ג) דאין יד לקטן · ולפי דברינו יש לתרץ · דהוה אמינא כיון דיש זכיה להקטן לנפשיה בפסח הזה משום דשה לבית אבות דאורייתא עי' בתוספות בגיטין (דף ס"ג) דיבור המתחיל שאני וכו' וצריך לזכות לנפשיה בפסח הזה הוה אמינא דיכול לזכות לאחרינא בפסח קמ"ל דאיש זוכה ואין קטן זוכה · דכיון דאין קטן בר זכיה דגופיה לא חזייא לזכות לאחרינא · אף דיש לו זכייה לנפשיה אינו יכול לזכות לאחרינא · ולא תקשה על דברינו מבבא מציעא (דף ח' ע"א) אמר רבא השתא דאמרת דאמרינן מיגו · חרש ופיקח שהגביהו מציאה · מתוך שקנה החרש קנה פיקח וכו' הא מאי אם תמצא לומר המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו · הני מילי היכא דקא מגבה ליה אדעתא דחבריה האי אדעתא דידיה קא מגבה ליה איהו לא קני לאחרינא מקני וכו' · ולפי דברינו היה להגמרא לפרוך דבשלמא המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו משום דגברא בר זכייה הוא · משא"כ בפיקח וחרש דהחרש לאו בר זכייה אינו יכול לזכות עבור הפיקח · דיש לומר דעדיפא מינה פריך הגמרא עי' שם :

היוצא מדברינו שיטת הש"ך נכונה היא ויש ראיות מהגמרא לשיטה הש"ך · ולפי זה אשכחנא פתרי מה שנסתפקנו בריש הפרק · אם לוה מאחד שישלם לו בלי שום תנאי · ומשני לוה שלא ישלם לו רק אם יהיה לו · ושבאין שניהם לגבות את חובן אין לו נכסים לפרוע כדי שניהם ותפס הלוה עבור המלוה שלוה מאתו בלי שום תנאי אף שאין המלוה הזה בעיר שיוכל ליתן לו · דבזה העליתי לעיל דאין הלוה יכול לתפוס עבור מלוה פלוני כיון דאין לו מיגו · מ"מ הכא יכול לזכות כיון דאית להלוה זכיה לנפשיה מה שיזכה בה המלוה שלוה מאתו שישלם לו בלי שום תנאי כדכתבתי בריש הפרק · משום הכי זכה המלוה הזה בהמעות · ומה שנסתפקנו כיון דהזכייה לנפשיה היא באה מכח דחב לאחרינא ואי אפשר להיות הזכיה לנפשיה בזה רק אם יהיה מקודם חב לאחרינא משא"כ בשאר דוכתי דאמרינן מיגו דזכי לנפשיה זכי לאחרינא אינה תולה כלל הזכייה דנפשיה במה שחב לאחרינא · ויכול להיות זה בלא זה ובריש הפרק באתנו זה הספק באריכות קצת · אך כיון דהעליתי דהעיקר כדברי הש"ך דהמלוה יכול לתפוס יותר מכדי חובו · ואחד מן הראיות מה שהביא הש"ך בעצמו הוא מבבא מציעא (דף ח') בשנים שהגביהו מציאה דאף אי אמרינן דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו מ"מ הכא קנו שניהם דלא אמרינן דתיפשה זו כמו שמונחת ע"ג קרקע וזו כמו שמונחת ע"ג קרקע ולא קנו שניהם עיין בדברינו דלעיל והכי נמי אי אפשר לזכות לנפשיה כל המציאה · כיון דגם חבירו הגביה עמו · ומה שהשיג עליו החורים והומים כבר ישבנו לעיל וגם הכא נמשכת הזכיה דנפשיה ממה שחב לאחרינא · דהא אם לא היה זוכה לחבירו החצי השני של המציאה · גם הוא לא היה זוכה חציה האחר כיון דהחציה של השני אם לא היה זוכה הוי כמו שמונחת ע"ג קרקע גם הוא לא זכה בחציה אחר דהוה כמוצא מציאה ולא הגביה רק החצי והחצי השניה מונחת ע"ג קרקע דלא זכה כלל כדאיתא בגמרא שם · ולפי זה מוכח דהלוה יכול לתפוס עבור המלוה שלוה מאיתו לשלם לו בלי שום תנאי אף שאין המלוה בעיר · כיון דיש להלוה זכייה לנפשיה מה שזוכה המלוה הזה אף שהוא חב להמלוה שלוה מאיתו שלא לשלם רק אם יהיה לו · ואף שבפרק הקודם לא החלטתי אם יכול הלוה בעצמו לזכות למלוה פלוני שיהיה המעות הללו שייכים להמלוה הזה · והמלוה השני לא יוכל לגבות מאלו המעות ואף שכתבתי שם סברא נכונה לזה · כתבתי זאת להלכה ולא למעשה · מ"מ בנידון דידן משכחת לן גוונא שתהיה להלכה ולמעשה · שהלוה יכול לזכות ע"י עצמו למלוה שלוה ממנו בלי שום תנאי והמלוה שלוה ממנו בתנאי לא יוכל לגבות מאלו המעות אשר זכה להראשון · כגון שידור הנאה מהמעות שרוצה לזכות ע"י עצמו למלוה פלוני ויאמר הריני מודר הנאה מהמעות הללו רק זאת אני מתנה שיאסר לו בהם הנאה זאת שאם ארצה לפרוע מהמעות הללו לבעלי חובות שלי שאוכל לשלם להם לאיזה שארצה · וכיון שכן יכול הלוה לזכות ע"י עצמו · לפי מה שמבואר ברמ"א בא"ח סימן תרמ"ט סעיף ב' וז"ל והמודר הנאה מלולבו של חבירו או מלולבו של עצמו אינו יוצא בו ביום ראשון דלא הוי שלכם עכ"ל · והסכימו לזה כל האחרונים · לכן אם נדר הנאה ממעות הללו הוי כאילו המעות הללו אינם שלו אלא של אחרים ועי' בנדרים (דף פ"ה) בר"ן ד"ה רבא וכו' לפי שמשעה שאסר על עצמו הפקירו. וכל שזכה בו אחר קנה כזוכה מן ההפקר עכ"ל · וכפי הנראה הסכימו הפוסקים לזה דהוי הפקר · ואף ששייר לעצמו הנאה לפרוע מהמעות הללו את בעלי חובות שלו · מ"מ אף לפי הנאה הזאת הוי המעות של בעלי החובות ואינם שלו · והנאה שיכול לבוא לו מהמעות הללו שישלם את הבעל חוב שירצה אין לו קנין בגוף המעות רק זכות מבחוץ הוא דיש לו בהם · וכעין סברא זו מוזכר במקור החיים בסימן תל"א בדיני בדיקה וביטול שלו · וכיון שהעליתי שבאופן זה המעות הללו לא מקרי של הלוה · יוכל לזכות ע"י עצמו שיהיה המעות הללו שייכים להמלוה שלוה ממנו לשלם לו בלא שום תנאי אף שחב לאחרינא למלוה השני אשר לו דכיון דיש לו זכיה לנפשיה זכי נמי לאחרינא כדכתבתי לעיל · גם נראה לי אף לדעת הריטב"א החולק על דברי תשובות הרשב"א שממנו נובע דין הרמ"א הנ"ל שאף שאסורה בהנאה מקרי שלכם והארכתי בדבריהם בפרקים האחרונים מכפתור שני · מ"מ נ"ל דהיינו דוקא באסורי הנאה דאתו ממילא כגון חמץ בפסח. וכדומה לזה · אבל היכא שבא איסור ההנאה ע"י עצמו ובפרט בנידון דידן שמדיר הנאה וכונתו להוציא המעות מרשותו בזה בודאי אף לדעת הריטב"א הוה הפקר אם אינו רוצה לשלם מהמעות הללו את בעלי חובותיו עיין בדברינו בפרק י"א הסמוך לזה שהבאתי ראיות דהיכא דאיכא הוכחה שמפקירו בלבו הוה הפקר וכו"ע מודים לזה · והכא איכא הוכחה גדולה מזה שכל כוונתו במה שנדר הנאה מזה הוא להוציא את המעות מרשותו · ולא תקשה על דברינו מגיטין (דף ל') ושמואל אמר מזכה להם ע"י אחרים וכו' · והתם נמי התרומה והמעשר עני אינו שלו · ואמאי הוצרך לזכות ע"י אחרים הא יכול לזכות ע"י עצמו · דנראה לי דהתם שאני · כיון דהלוה מעות את הכהן ואת העני להיות מפריש עליה' מחלקם · ואם נאמר דיכול לזכות ע"י עצמו לכהן או להעני ואח"כ יגבה מהם את חובו מה שלוה להם הוי אף קודם הזכי' כשלו · וגדולה מזה אמרי' בפסחים בכמה דוכתי ואחד מהם (בדף מ"ו ע"ב) הואיל ואי בעי איתשיל עלה ממונא הוא ועיין עוד (בדף ל"ח) והכא כ"ש הוא דהא עומד לכך התרומה והמעשרות שיגבה מהם חובו גם ע"י עצמו ואינו מן הצורך שיגבה מהם את חובו ע"י אחרים שישעיוהו לגבות את חובו מהם ועדיפא מכך דפסחים הנ"ל דהתם צריך לאיתשולי עליה ומי יימר דמזדקקו ליה וכו' · וכזה הסברא מבואר בכמה דוכתי ואחד מהם בבבא (דף מ"ו ע"ב) [ולא יקשה לפי דברינו אמאי כתב הרמ"א דמודר הנאה מלולבו אינו יוצא בו ביום א' · אמאי והא אי בעי איתשיל עליה דכבר כתבנו בכפתור שני דמתמה דאי בעי איתשיל עליה לא הוי כשלו לגמרי · רק הוה כמו שיש לו שותפות בגויה ולכן אינו יוצא ביום א' כיון דלא הוה כולה שלו] · אבל היכא שלא תפס הלוה עבור המלוה הזה שניהם שוין אם באים לגבות כאחד דאף דלוה מאתו שלא לשלם רק אם יהי' לו זה מקרי דיש לו · אף דחייב ג"כ

למלוה

למלוה אחר שלוה מאתו שישלם לו בלי שום תנאי ואין ללוה נכסים לפרוע שניהן כמו שכתבתי לעיל ראיות לזה עיין שם. ומ"מ נראה לי דדווקא דמתחילה היתה הלואה מהמלוה שהלוה לו שישלם לו בלי שום תנאי ואח"כ לוה מהמלוה שהלוה לו בתנאי אם יהי' לו אז ישלם בזה הדין דאם באין שניהם לגבות חולקין. אבל היכא שלוה מתחילה מהמלוה שלא לשלם לו רק אם יהי' לו. ואחר כך לוה מאחר לשלם לו בלי שום תנאי אם באים שניהם לגבות כאחד ואין בנכסים לפרוע כדי שניהם. גובה מתחילה המלוה שלוה מאתו שישלם לו בלי שום תנאי ואם נשאר בנכסים אחר הגבי' אז גובה המלוה שהלוה שלא לשלם לו הלוה רק אם יהי' לו לפי מאי דמבואר בשיטה מקובצת בבבא מציעא (דף י"ט ע"ב) בשם תלמידי הר"פ ז"ל וא"ת ואפילו אם יהיב לאינש אחרינא איכא למיחש דלמא חייב כתובת אשה או בע"ח וי"ל לפר"י ניחא כיון דאין מתנה קיימת אלא אחר מיתה הא יכול לחזור ע"ש. מבואר מזה כיון דיכול לחזור ואם לקח הלואה הוי כמו דחוזר מן המתנה וכן מבואר בדרישה סימן רנ"ב אם נתן מתנה לאחד כל זמן דלא אחזור ממתנה אם מקבל מתנה הוא קודם של נשואין דאשה. מ"מ יכולה אשה לגבות כתובתה ממקבל מתנה דהוי כאילו חזר ממקבל מתנה. וכסברת שיטה מקובצת ב"מ הנ"ל כיון דלקח ההלואה הוי כחוזר ממתנה דנתן למקבל. ומביאו בעל דברי המשפט בסימן פ"ו ס"ק ב'. ומיישב דלא יהיה פלוגתא תלמידי הר"פ עם תשובות הרשב"א שהביא בב"י בסימן ל"ט אם לוה נתן מתנה לאחד והתנה עמו דיכול לחזור ממתנה. מכל מקום כל זמן דלא חזר מתנה קיימת ואין בע"ח דיש לו מלוה ע"פ על הנותן יכול לגבות ממקבל מתנה. דהא כל זמן דלא חזר הנותן ממתנה המתנה קיימת ואין מלוה ע"פ גובה ממשעבדי עיין שם דהרשב"א מיירי אם היה הלואה קודם דנתן המתנה למקבל. ומשום הכי כל זמן דלא חזר ממתנה המתנה קיימת ואין מלוה על פה גובה ממשעבדי אבל אם נתינת המתנה היה קודם דלקח הלואה. כיון דהתנה דיהא לו כח לחזור ממתנה וכיון דלקח ההלואה מאחר אחר דנתן המתנה הוי כחוזר ממתנה. ומלוה גובה ממקבל מתנה וכסברת הדרישה ושיטה מקובצת ב"מ בשם תלמידי הר"פ הנ"ל כיון דלקח הלואה הוי כחזר ממתנה ובע"ח גובה ממקבל מתנה. ונראה לפי עניית דעתי לתת טעם לזה. דכיון דאין מבורר שיגבה המלוה דווקא חפץ זה שנתן במתנה. דהא אם יש לו נכסים אחרים יגבה מאותן נכסים ואף אם לא נתן במתנה יכול הלוה לדחותו שיגבה מהנכסים אחרים לכן בעת שנתן החפץ לאחר. אף אם נימא דיכול לגבות מהחפץ הזה הוא. רק ספק דאולי יהיה להלוה נכסים אחרים. ומשום זה כשנתן החפץ לאחר פקע שיעבודו דהוה כמו ספק שאין מוציא מדי ודאי וגם כיון דלהמקבל מתנה. מבורר שזה חפץ נתן לו. משום זה אלים כוחו יותר משיעבוד של המלוה ומשום הכי אינו יכול לגבות מהמקבל מתנה אף שיכול הנותן לחזור מהמתנה שנתן. ולפי זה שגם הרשב"א לא פליג על תלמידי הר"פ ז"ל. גם בנידון דידן אם לוה מקודם מאחד שלא ישלם לו רק אם יהיה לו. ואחר כך לוה מאחר לשלם לו בלי שום תנאי. אם באים שניהם. כאחד לגבות ואין לו לפרוע את שניהם המלוה שלוה מאתו לשלם לו בלי שום תנאי הוא גובה דכיון שנעשית הלואה. שלו אחר כך הוי כמו שחזר משיעבודו שיעבד לשלם אם יהיה לו ויש לו כח לחזור משיעבודו. דהא יכול ליתן לאחר במתנה וזה הוה כמו שנתן במתנה לאחר. וכי תימא הא מבואר בחושן משפט סימן ק"ד סעיף י"ג מלוה בשטר ומלוה על פה מוקדמת מלוה ע"פ קודמת לגבות מבני חרי. כיון שעדים מעידים שקדמה עכ"ל. והרי גם מלוה על פה אם מכר או נתן אינו גובה מהם. ואמאי מלוה על פה מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת. הא כיון דלוה אחר כך בשטר הוי כמו שחוזר משיעבודו שיעבד נכסים להמלוה על פה. והוי כאילו מכר או נתן לשיעבודו. זה אינו דהא במלוה על פה כל זמן שאין לו ממה לשלם משאר נכסים. אינו רשאי ליתן ולמכור את נכסים להפקיע שיעבודו אף שמה שמוכר או נותן יעלה מזה טובה להלוה מ"מ אסור להזיק שיעבודו של חבירו אף אם ילמח לו טובה מזה עיין בבא קמא (דף מ') ובתוספות שם ע"ב דיבור המתחיל הוה מעריקנא ליה לאגמא וכו'. משום הכי. אף אם לוה אחר כך מלוה בשטר אינו יכול לחזור משיעבודו כיון שאסור להפקיע שיעבודו של חבירו. וגם בודאי לא חזר משיעבודו ששיעבד נכסים למלוה על פה. דחזקה דאין אדם משים עצמו רשע כדאיתא בכמה דוכתי בש"ס ובפוסקים. ואחד מהם בגיטין (דף ל"ז ע"ב) לא שביק היתרא ואכיל איסורא. והכי נמי למה יחזור משיעבודו מה ששיעבד נכסים להמלוה על פה ויעשה איסור בזה. דלמא יהיה לו שאר נכסים לפרוע להמלוה בשטר אלא ודאי דלא חזר משיעבודו. משא"כ הכא אם לוה מאחד שלא לשלם רק אם יהיה לו ואחר כך לוה מאחר שישלם לו בלי שום תנאי. דכיון שמותר להלוה שלוה רק אם יהיה לו לתת הנכסים לאחר אף אם לא יהיה לו לפרוע להמלוה הזה ואינו עושה שום איסור. לכן אם לוה אחר כך מאחר לשלם לו בלי שום תנאי הוי כמו שחזר משיעבודו מה ששיעבד נכסיו להמלוה שלוה מאתו שלא לשלם רק אם יהיה לו. ולכן אם אין להלוה נכסים לפרוע שניהם המלוה שלוה מאתו לשלם לו בלי שום תנאי הוא קודם לגבות להמלוה שלוה מאתו לשלם רק אם יהיה לו:

דינים היוצאים מפרח זה.

א דין מה שמבואר בחושן משפט סימן ק"ה ס' ג' אם הלוה אמר לאדם אחר זכה בחפץ זה לפלוני. או אם מנה זה לפלוני. זכה לו ואפילו אין הזוכה מכיר לאותו פלוני ואין אחד מבעלי חובות יכולים לגבות מאלו שכבר זכה בהם אחר וכתבתי בפנים דלאו דווקא אחר אלא אפילו הלוה בעצמו יכול לתפוס עבור מלוה פלוני אף שהוא חב לאחרינא ובאופן שידור הנאה מקודם מהמעות שרוצה לזכות ובתנאי שיוכל לשלם בהמעות הללו לאיזה בע"ח שירצה. וגם כתבתי דהא דהלוה יכול לזכות ע"י אחר או לתפוס בעצמו עבור מלוה פלוני. היינו דוקא היכא דהמלוה שתפס עבורו המעות הוא בעיר אבל היכא שאין המלוה בעיר אינו יכול לתפוס עבורו במקום שחב לאחרים:

ב דין היכא דלוה מאחד לשלם לו בלי שום תנאי. ואחר כך לוה מאחר שלא לשלם לו רק אם יהיה לו. ובאין שניהם כאחד לגבות ואם אין בנכסים לפרוע כדי שניהם חולקין בהנכסים. אך היכא דלוה מתחילה מאחד שלא לשלם רק אם יהיה לו ואחר כך לוה מאחד לשלם לו בלי שום תנאי. ואין בנכסים לפרוע כדי שניהם אזי גובה מקודם המלוה שלוה מאתו שישלם לו בלי שום תנאי ומה שישאר בנכסים יגבה מלוה השני:

ג דין לפי מה שמבואר לעיל דגם אין המלוה בעיר אינו יכול לתפוס הלוה עבורו במקום שחב לאחרינא. מ"מ אם לוה מאחד שישלם לו בלי שום תנאי ומשני לוה שלא לשלם רק אם יהיה לו יכול לתפוס הלוה עבור המלוה שלוה מאתו שישלם לו בלי שום תנאי אף שאין המלוה בעיר ובאופן המבואר לעיל בדין ראשון שידור הנאה מקודם עיין שם. דכיון דיש לו זכייה לנפשיה יכול לזכות עבור המלוה הזה. אף דהזכיה דנפשיה היא נמשכת רק אם מקודם יזכה לאחרים במקום דחב לאחרינא מ"מ זכה המלוה כמבואר בפנים בראיות ברורות:

ד דין דהעיקר כשיטת הש"ך (בסימן ק"ה סק"ב) דהמלוה יכול לתפוס יותר מכדי חובו דרך משל אם מגיע לו מאה זהובים יכול לתפוס מאה וחמשים זהובים בהחמשים זהובים הנותרים מכדי חובו יהיה עבור מלוה פלוני. אף שהוא חב לאחרינא בזה שהלוה חייב ג"כ לבד שני המלווין הללו לאנשים אחרים ואין להלוה נכסים לפרוע כולם. ומה

שהשיג

שהשיג עליו האחרים ותומים ישבתי בטוב טעם ואדרבה הבאתי ראיות לשיטת הש"ך כמבואר בפנים :

פרח יא אות א

לפי מה שכתבתי בפרח הקודם דהטעם של תשובות הרשב"א אשר הובא בב"י סימן ל"ע · ומביאו הדברי משפט בסימן פ"ו ס"ק ב' · שכתב אם לוה נתן מתנה לאחד והתנה עמו דיכול לחזור ממתנה · מכל מקום כל זמן דלא חזר המתנה קיימת ואין בע"ה דיש לו מלוה על פה על הנותן יכול לגבות ממקבל מתנה · דהא כל זמן דלא חזר הנותן ממתנה המתנה קיימת ואין מלוה על פה גובה ממשעבדי ע"ש · וכתבתי לעיל דסברת הרשב"א משום דכיון דבהשיעבוד אין החפץ מבורר שזה החפץ יגבה המלוה עבור חובו · משום הכי לא אלים כוחו של המלוה לגבות מן המקבל מתנה · אף בשתנה הנותן שיכול לחזור כיון דהמתנה הל על החפץ מבורר אלים כוחו יותר משיעבוד של המלוה · ובזה הסברא ניחא מה שמחלקים הראשונים בכמה דוכתי ואציין איזה מקומות עיין בהר"ן בנדרים (דף פ"ו ע"ב) ד"ה אמר ובבא קמא (דף ל"ג ע"ב) בתוספות ד"ה משום דהא דאמר רבא הקדש כגון עשה שורו אפותיקי לבעל חובו והקדישו אחר כך למזבח מפקיע אותו הקדש שיעבוד המלוה וגובה חובו ממקום אחר והוא כשר לקרבן ולא הוי גזל כיון דלא הוי קנוי ליה אלא לגוביינא בעלמא · ודוקא קדושת הגוף · אבל קדושת דמים לבדק הבית לא מפקיע שיעבוד וחקרו הראשונים הטעם של החילוק בין קדושת הגוף ובין קדושת דמים · ולפי סברתי שכתבתי לעיל יובן טעם החילוק · דמה שלכאורה אינו מובן דברי התוספות בגיטין (דף מ' ע"ב) דיבור המתחיל הקדש כו' ואומר ר"י דרבא לטעמיה דאמר בפ' כל שעה (דף ל"א) דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה ותשיב ברשותו ודוקא קדושת הגוף שאין לו פדיון מפקיע מדי שיעבוד וכו' · דכיון שחל שעה אחת תו לא פקע · דלא עדיף שיעבוד מגתיגת דמים וכן חמץ וכן שיחרור · ומפרש בירושלמי טעמא משום דלא מצינו עבד משתחרר וחוזר ומשתעבד · והיינו כדפרישית דקדושת הגוף כיון דחיילא תו לא פקע · אבל קדושת דמים לא אלים כח הקדש מכח מקדיש כיון דיש לה פדיון ורחויה לפקוע כדאשכחן בשדה מקנה כשהקדיש לוקח דחוזרת לבעלים ביובל עכ"ל · דלכאורה קשה כמה קושיות על דברי התוספות ואפתח במאי דהיינו · חדא מאי דכתבו אבל קדושת דמים לא אלים כח הקדש מכח מקדיש כיון דיש לו פדיון וכו' · מה טעם הוא זה כיון דיש לו פדיון · בשלמא כשפודה קדושת דמים אל ההקדש על דמי פדיון ומשו"ה פקע קדושה מהדבר שהקדיש קדושת דמים · משא"כ במלוה כשבא לגבות חובו מהחפץ שהקדיש קדושת דמים במאי תיפקע הקדושת דמים מהחפץ דהקדושה שהיה בה תתפוס דמי תמורתה · וכיוצא בזה הקשו הראשונים הרשב"א במגילה (בדף כ"ו ע"ב) ד"ה מתנה וכו' ובן הא דאמרינן הכא במתנה אי לאו דה"ל הנאה מיניה לא יהבי ליה מתנה וה"ל כזביני · מ"מ אמאי תפקע קדושתיה דהשיא הנאה כבר אכלוה עכ"ל · והתירוץ על הקושיות הרשב"א הזה מבואר בהר"ן שם עיין שם · והכא לא שייך תירוצו עיין שם · גם קשה מה שהביאו תוספות ראיה משדה מקנה כשהקדיש לוקח דחוזרת לבעלים ביובל לכאורה אינו מובן זאת דבשלמא בשדה מקנה חוזרת לבעלים דאינו יכול הלוקח להקדיש זכותו של בעלים שיש להם בהשדה · דאם היתה אצל הלוקח היתה חוזרת לבעלים ביובל · נמצא כשהקדיש אף שדעתו של לוקח היה שיהיה הקדש לעולם · מ"מ הוי כמו שהקדיש דבר שאינו שלו ותוזרת לבעלים ביובל · משא"כ כשבא המלוה לגבות מקדושת דמים שהקדיש הלוה בשעה שהקדיש היה הדבר שלו עולמית · ויכול להקדיש שיהיה הקדש אל לעולם והאיך יכול המלוה לגבות מקדושת דמים · וכי תימא כיון דהיתה משועבדת להמלוה אינו יכול הלוה להקדיש אותה קדושת דמים עולמית · דהוה כמו שהקדיש דבר שאינו שלו · כמו שהקדיש הלוקח שדה מקנה · לכן מביאין תוספות ראיה משדה מקנה · אבל עדיין קשה לפי זה · דהא בנדרים (דף כ"ט) פליג אביי על רבא דאיתא התם דאם אמר הרי נטיעות האלו קרבן אם אינן נקצצות דסבירא ליה לבר פדא נקצצו פודן פעם אחת ודיו · ועולא סבירא ליה כיון שנקצצו שוב אין פודן אמר ליה רב המנונא קדושה שבהן להיכן הלכה ומה אילו אמר לאשה היום את אשתי ולמחר אי את אשתי מי נפקא בלא גט א"ל רבא מי קא מדמית קדושת דמים לקדושת הגוף · קדושת דמים פקעה בכדי קדושת הגוף לא פקעה בכדי · אמר ליה אביי וקדושת הגוף לא פקעה בכדי והתניא שור זה עולה כל ל' יום ולאחר ל' יום שלמים כו' דאביי פליג על רבא וסבירא ליה דקדושת הגוף פקעה בכדי ואף דרבא פליג עליו וסבירא ליה דקדושת הגוף לא פקעה בכדי נוכל לומר דהיינו דוקא היכא דהדבר הוא בידו להקדיש קדושת הגוף · כגון שור זה עולה שלשים יום ולאחר שלשים יום שלמים · דכיון דהשור שלו יכול להקדישו שיהיה עולה עולמית · לכן כיון שחל על השור קדושת עולה שלשים יום לא פקע קדושת עולה ונשארה הקדושה לעולם · משא"כ אם נאמר כיון דמשועבד למלוה אינו יכול להקדישו עולמית דהוה כדבר שאינו שלו · לכן נוכל לומר כשבא המלוה לגבות פקעה הקדושת הגוף בכדי · וכדומה לזה אמרינן בקדושין (דף ז') · אמר ליה מר זוטרא בריה דרב מרי לרבינא ונפשטי לה קדושי בכולה מי לא תניא האומר רגלה של זו עולה תהא כולה עולה וכו' · מי דמי התם בהמה הכא דעת אחרת · הא לא דמיא אלא להא דאמר רבי יוחנן בהמה של שני שותפין הקדיש חציה וחזר ולקח והקדישה קדושה ואינה קריבה כו' · והכא נמי כיון דאם נימא כיון דמשועבדת להמלוה הוה כמו שהקדיש דבר שאינו שלו לכן לא פקעה קדושת הגוף שהקדיש הלוה לעולם · דמהיכא תיתי לעשות פלוגתא רחוקה בין אביי ורבא דאביי סבירא ליה דקדושת הגוף פקע בכדי אפילו אם בידו להקדישה לעולם · ורבא יפלוג עליה דאף אם הקדיש דבר שאין בידו להקדישה לעולם ג"כ לא פקע קדושתו בכדי · ועד כאן לא שמענו דפליג רבא על אביי אלא דוקא היכא דהקדיש דבר שיוכל להקדישה לעולם · בזה פליג ואמר דלא פקע קדושת הגוף בכדי · והאיך כתבו התוספות דרבא סבירא ליה דקדושת הגוף לא פקע בכדי אף היכא דאין בידו להקדישה לעולם כגון שהקדיש דבר המשועבד למלוה · לפי מאי דהוכחתי לעיל בסוף דברי התוספות דזה מיקרי דבר שאינו שלו · ועשו פלוגתא רחוקה בין אביי לרבא · גם קשה לי על דברי התוספות מאי דהביאו ראיה שם לסברא שלהם · דמשום הכי קדושת הגוף לא פקע בכדי כיון שחל שעה אחת תו לא פקע · והכי נמי מפרש בירושלמי הטעם דשחרור מפקיעין מדי שיעבוד משום דלא מצינו עבד משתחרר וחוזר ומשתעבד · דמאן דאמר הטעם דשיחרור בירושלמי הוא ר' יוחנן דזה לשון הירושלמי בפ' הבולא סוף הלכה ד' רבי יוחנן פתח ר' מאיר בדא לא מצינו עבד משתחרר וחוזר ומשתעבד ופירש המפרש פתח לנו ר' יוחנן לפרש טעמא מה שפתח ג"כ ר' מאיר בזה דהיינו טעמא שלא מצינו כו' · דכיון דחל עליו שיחרור תו לא פקע ור' יוחנן סבירא ליה בירושלמי בקדושין ברים פרק האומר דר' אבוה בשם ר' יוחנן הרי זה עולה שלשים יום כל שלשים הרי זו עולה · לאחר שלשים יום יצאת לחולין מאיליה מעילתה מאי הית רבי יוחנן אמר מעילתה ברורה ר' זעירא ור' הילא תרוייהון אמרין מעילתה ספק · הרי את מקודשת לי שלשים הרי זו מקודשת · מה בין הקדש ומה בין אשה · מצינו הקדש יוצא בלא פדיון ולא מצינו אשה יוצאה בלא גט הן אשכחנין הקדש יוצא בלא פדיון כר"ש דרבי שמעון אמר נכנסין ולא ניתנין · אמר ר' יוסי בי רבי בון תיפתר דברי הכל בשדה מקנה ומביאו הר"ן בנדרים (דף כ"ט) · הרי מוכח בהדיא מירושלמי דמחלק רבי יוחנן בין קדושת הגוף לשיחרור · דקדושת הגוף פקעה בכדי ושיחרור לא פקעה · והאיך מביאין התוספות ראיה משיחרור להקדש · דהא חזינן דאלים כחו טפי מהקדש שמפקיע שיעבודו של המלוה · וגם מתלמודא דידן ג"כ מוכח ·

דיש חילוק בין קדושת הגוף לשיחרור · או בין שאר איסורי הנאה כגון תכריכין דמת דאיתא ביבמות (דף ס"ו ע"ב) · ההוא איתתא דעיילא ליה לגברא אילטלא דמילתא בכתובתה שכיב שקלוה יתמי ופרסוה אמיתנא · אמר רבא קנייה מיתנא · אמר ליה נהנא בריה דרב יוסף בריה דרבא לרב כהנא · והאמר רבא אמר רב נחמן הלכה כרב יהודה אמר ליה מי לא מודה רב יהודה דמחוסר גוביינא וכיון דמחוסר גוביינא ברשותיה קאי רבא לטעמיה דאמר רבא הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שיעבוד (פירוש דאמר רב נחמן הלכה כר' יהודה דאיתתא נוטלת אילטלא דמילתא דהכניסה לבעלה מהיורשים משום שבח בית אביה) הרי מוכח בהדיא דאינו דומה הקדש לשאר הדברים דחשיב רבא דמפקיעין מידי שיעבוד דהא הקדש אינו חל על דבר שאינו שלו אף שהוא ברשותו כדאיתא בכמה דוכתי בש"ס ואחד מהם בבבא קמא (דף ס"ה ע"ב) · והאמר ר' יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהן אין יכולין להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו ואיסורי הנאה תופסת אף דבר שאינו שלו כגון הכא ביבמות הנ"ל דפרסוה היורשים אילטלא דמילתא על המת · אף שאינו שלהם דשל אלמנה היא ההוא אילטלא מ"מ יכולין היורשים לאסור בהנאה על ידי תכריכין למת ובשיחרור נראה לי דמפקעת יותר מידי שיעבוד מתכריכין למת · מדאמרינן ביבמות (דף מ"ז ע"ב) בני יודן אמתא אשתחרור שרא להו רב אחא בר יעקב למנסב נשי דהדדי. ופירש רש"י על זה נשי דהדדי אשת אחיו ולא משום יבום אלא אפילו במקום בנים דקסבר אין קורבה לגר דקטן שנולד דמי וכן מבואר בהדיא בסוגיא דהתם · דהטעם הוא דלאחר השיחרור כקטן שנולד דמי משום הכי שיחרור מפקיע דבר שאינו שלו · רק דיש לו קצת רשות עליו שהוא ברשותו כיון דנעשה גוף אחרינא על ידי השיחרור ומעולם לא היה גוף זה של עבד שלו · ולא תקשה על דברי מגיטין מ"א ע"א מדברי עולא · דיש לומר דהם לא היה רשות לרבו השני בשום דבר · לכן בורת הדין שאין השיחרור חל אלא מפני תיקון העולם · שהרי יצא עליו שם בן חורין כדאמרינן התם בסוגיא בהדיא לעולא ועיין בתוספות ד"ה הקדש ואף אם לא דייקת כולי האי מ"מ מפני תיקון העולם כיון דיש לו רשות להשתמש סוברים שיעבודו היא ויצא עליו שם בן חורין ומפקיע מידי רבו שבאמת היה העבד שלו · וגם בהקדש נראה לי הטעם דאין הקדש חל על דבר שאינו שלו · הוא מטעם שמצוה הבאה בעבירה הוא עיין בתוספות סוכה (דף ל') דיבור המתחיל הא קניה ביאוש וכו' ובתוספות גיטין (דף נ"ה) דיבור המתחיל מאי טעמא וכו' · ואומר ר"ת דבכל מקום יאוש קונה לעולא רק לענין קרבן שיהא כשר להקרבה קאמר הכא ובמרובה דלא קני משום דמצוה הבאה בעבירה היא עכ"ל · ואף שכתבתי בטעמים של דברים שבסוגיא דיבמות (דף ס"ז) הנ"ל מ"מ דחוק הוא בעיני · ולפי הנראה דהתוספות אזלו לשיטתם לפי מה שכתבו בסוף הדיבור בגיטין (דף מ') בד"ה הקדש על הסוגיא דיבמות הנ"ל מ"מ כתבתי מה שנראה בעיני שדברי התוספות הזה ג"כ לא יכולתי להבינם לפי קוצר דעתי ע"כ כתבתי מה שנ"ל בהשקפה ראשונה ומי שיהיה לבו שלם בדבר הזה אליו משפט הבחירה לברר הדברים שכתבתי :

נחזור לדברינו שאינו מובן דברי התוספות דקשה לכאורה כמה קושיות על דבריהם ומתחילה היה נראה לי דטעם הדבר מה שקדושת הגוף מפקיען מידי שיעבוד והקדש דמים אינו מפקיע שיעבוד · משום דבהקדש דמים אינו חל הקדושה על גוף הדבר · רק שמשועבד החפץ שהקדיש לבדק הבית עד שיתנו דמי שוויה של החפץ · ואף דאמרינן בחולין (דף קל"ט) דגם בקדשי בדק הבית אמרינן כל היכא דאיתא בבי גזא דרחמנא איתא · ואי אמרינן דבקדשי בדק הבית אינו חל ההקדש על הגוף הדבר · לכאורה לא שייך לומר כל היכא דאיתא בבי גזא דרחמנא איתא · דנוכל לומר דהדבר שהקדיש לבדק הבית הוה כמו אפותיקי מפורש עד שיתן דמי שוויה לבדק הבית · לכן שייך גם בזה לומר כל היכא דאיתא וכו' משום הכי אין קדושת דמים מפקיע מידי שיעבוד דלא אלים שיעבודי דהקדש משיעבודי דבע"ח · דכיון דשניהם שוין שזה שיעבוד וזה שיעבוד מאי אולמא האי שיעבודא מהאי שיעבודא · ואדרבה שיעבודו דבע"ח עדיפא דהוא קודם לשיעבודו דהקדש · משא"כ כשהקדיש קדושת הגוף דהקדש חל על גוף הדבר · לכן מפקיע מידי שיעבוד דהשיעבוד אינו מבורר בעת התחלת השיעבוד שיגבה המלוה דוקא החפץ שהקדיש אחר כך קדושת הגוף · לכן אלים כוחו של הקדש שחל קדושת הגוף על החפץ מבורר שהקדיש ומפקיע מידי שיעבוד דבע"ח · אף שנשאלין לחכם על הקדשות כדאיתא בכמה דוכתי בש"ס ועיין בערכין (דף כ"ג ע"א) ובית הלל אומרים הקדש טעות אינו הקדש דיש שאלה בהקדש עיין שם · מ"מ אין ב"ד כופין להמקדיש שישאל לחכם כדי לשלם להבע"ח · משום דכתב בתשובות הרשב"א הביאו דברי המשפט הנ"ל והעתקתי את דבריו בריש הפרח ע"ש · דאם נותן מתנה ויהיה הרשות בידו לחזור מהמתנה כל זמן שירצה אין כופין ב"ד להנותן שיחזור כדי לשלם לבע"ח של הנותן והבאתי הסברא בפרח הקודם ובריש פרח זה בקצרה משום דאלים כוחו של מקבל מתנה משיעבודו דבע"ח · דבשיעבודו של בע"ח אינו מבורר בהתחלת השיעבוד שיגבה דוקא מחפץ זה שנתן ולהמקבל מתנה מבורר החפץ שנתן · משום הכי עדיפא כוחו מבע"ח ואין כופין ב"ד את הנותן לחזור · הכי נמי גבי הקדש שהקדיש קדושת הגוף · אין כופין ב"ד להמקדיש שישאל לחכם כדי לשלם לבע"ח · כיון דההקדש חל על חפץ מבורר :

ולפי מה שכתבנו יובן טעם הקצות החושן (בסימן קי"ז ס"ק ג') · דחולק על המשנה למלך וסובר דגם אם הקדיש מטלטלים קדושת דמים בע"ח גובה מהם · דהקדש קדושת דמים אינם כמכר · והביא ראיות לזה ואי"ה לקמן אכתוב מה שחננני ה' בדבריו הקדושים ע"ש ואינו מבואר שם טעם נכון מפני מה הקדש דמים אינם כמכר · ולפי דברינו דלעיל יכולין ליתן טעם · דכיון דקדושת דמים אינו חל על הגוף הדבר שהקדיש רק שמשועבד גוף החפץ שהקדיש לדמיו לבדק הבית · לכן לא הוי כמכר ולא עדיפא שיעבודו דהקדש משיעבודו דבע"ח · ואדרבה שיעבודא דבע"ח עדיף ששיעבודו קדם לשיעבודי דהקדש מה שאם כן במכר מטלטלים דהמכר חל על גוף הדבר שיוצא מרשות המוכר לרשות הלוקח עדיפא כוחו יותר משיעבודו של בעל חוב שהיה לו עליו רק שיעבוד בעלמא :

אבן לאחר העיון נראה לי דגם בהקדיש קדושת דמים ג"כ חל ההקדש על גוף הדבר דאיתא בפסחים (דף כ"ט ע"א) דתניא האוכל חמץ של הקדש במועד מעל · ויש אומרים לא מעל כו' רב אחא בר יעקב אמר דכולי עלמא דבר הגורם לממון כממון דמי · והכא בפלוגתא דר' יהודה ור"ש קמפלגי מאן דאמר לא מעל כר' יהודה · ומאן דאמר מעל כר' שמעון ופרש"י על זה בדיבור המתחיל מאן דאמר מעל כר' שמעון דאמר ראוי הוא לאחר הפסח אף לאדם והוי ליה גורם לממון · ואם נימא דקדושת דמים אינו חל על גוף הדבר שהקדיש רק הוה כמו שהקדיש דמים של החפץ שהדבר שייך לבעלים ולא יצאת מרשותו כלל · כיון דלא חל ההקדש על גוף הדבר ואין להקדש על החפץ שהקדיש רק שיעבוד דמים בעלמא אמאי מעל דהא מיירי הברייתא אפילו בקדושת דמים כדכתבו התוספות שם בדיבור המתחיל אין פודין את הקדשים וכו' והכא משמע דפליגי אפילו בקדושת דמים כו' עכ"ל · ואמאי מעל הא מחויבים הבעלים לבערו ולא שוה מידי · וכהאי גוונא כתבו התוספות בע"ב שם בד"ה רב אשי וכו' ומכאן מוכיח ר"י שהמשהה חמץ בפסח ודעתו לבערו אינו עובר באותה שעה דאי אמרת עובר אכתי אמאי מעל לר' יוסי הא מיד כשיפדה אותו הוא שלו כו' עכ"ל · ונראה לדברינו כיון דגוף הדבר הוא של הבעלים אף שיש לאחרים שיעבוד עליו הבעלים מחויבים לבערו · מדכתב הט"ז באורח חיים סימן תמ"ג ס"ק ד' · אלא דנלע"ד דמ"מ הוה גוף המשכון של

הלוה

שלוה: דהא איתא בפ' הפרה ומביא בה"מ ה' ע"ב במשכנו של ישראל אלא הגר וכו'. אם כן גם כאן חייב שלוה לבערו דהגוף שלו עכ"ל. לפי זה אמאי מעל. אלא ודאי דהקדש דמים הל על גוף הדבר שהקדיש כדאמרינן בפסחים (דף ה') אבל אתה רואה של אחרים ושל גבוה. גם נ"ל להביא ראיה מתוספות גיטין (דף ס"ו) דיבור המתחיל דמי חמרא לא קאמר. ואם תאמר כי אמר נמי דמי חמרא הוי דבר שלא בא לעולם. כדאמרינן בפ' האומר משקלי (דף כ') גבי דמי שור זה עלי עולה ומוקי לה באומר לכשיבואו דמיו וקדשו ופריך והא אין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם ויש לומר דהתם משום דאמר לכשיבואו אבל אמר דמי שור זה עלי עולה משמע' התם דלא חשיב זה דבר שלא בא לעולם אלא הוי כמו דקל לפירותיו דבעי למימר וקדש השור לדמיו וכו' עכ"ל. ואם נימא דקדושת דמים לא הל ההקדש על גוף הדבר ואין להקדש רק שיעבוד דמים בעלמא כמו שכתבתי לעיל בא"ר היטב האיך חל ההקדש על דמיו של הפך הא הדמים הוי דבר שלא בא לעולם: אלא ודאי דהקדש חל על גוף הדבר לדמיו דהוה כמו דקל לפירותיו דלא חשיב דבר שלא בא לעולם כמו שכתבו התוספות. אך זה, יש לדחות בדוחק. גם נראה לי להביא ראיה מיבמות (דף פ"ח) הקדש נמי אי קדושת דמים משום דבידו לפדותה פירוש משום הכי נאמן דפדה אותו. וכתבו התוספות על זה בד"ה אי קדושת דמים וכו' ואפילו דחבריה. ולא דמי לנטע רבעי דאין יכול לפדות אלא בעליו וכו'. אבל הקדש לא חשיב ברשות בעלים יותר משאר כל אדם. ובתוס' בבא קמא מבואר מהיכא משמע להו דאפילו דחבריה עיין שם (בדף ס"ח ע"ב) בדיבור המתחיל הוא דאמר כלגוזין וכו'. כדמשמע בריש האשה רבה (דף פ"ח) דקאמר או קדושת דמים משום דבידו לפדותו ואי קדושת הגוף או דידיה כו' משמע דבקדושת דמים אין חילוק בין דידיה לאחריה עכ"ל הרי מוכח גם מכאן דקדושת דמים חל על גוף הדבר שהקדיש דאם לא כן דאין ההקדש רק שיעבוד דמים בעלמא על הדבר שהקדיש לא יצא הדבר שהקדיש מרשות בעליו. והתוספות הוכיחו מהגמרא דקדושת דמים אינו ברשות בעליו כלל:

גם נ"ל להביא ראיה מתמורה (דף ל"ב ע"א) מיתיבי הקדשי בדק הבית שהתפיסן בין לקדשי מזבח בין לחרמי כהנים לא עשה כלום וכו' ופירש רש"י על זה לא עשה כלום. דגופייהו לא מיפקע מבדק הבית וטובת הנאה לא שייכו בהו. הרי מבואר דקדושת דמים הל על גוף הדבר שהקדיש. ולפי זה לא ניחא דברינו מה שכתבנו לעיל דמשום הכי קדושת דמים אינה מפקעת מדי שיעבוד משום שקדושת דמים אין להקדש רק שיעבוד דמים בעלמא לכן אלים שיעבודו דב"ח משיעבודו דהקדש כיון דשיעבודו קודם עי"ש. הא מוכח מהראיות שהבאתי דקדושת דמים הל על גוף הדבר שהקדיש:

לפי זה צריך טעם אחר מפני מה קדושת הגוף מפקיען מדי שיעבוד וקדושת דמים אינו מפקיע מדי שיעבוד ונ"ל דלפי מה שכתב הרשב"א בבבא קמא (דף מ"ט) על הא דאיתא שם אמר רבה משכונו של ישראל ביד גר ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בו מוציאין אותו מידו. מ"ט כיון דמית ליה גר פקע ליה שיעבודו. וכתב הרשב"א על זה שם בדיבור המתחיל כיון וכו' ואע"ג דאמרינן דקניא מדר' יצחק ה"מ שאינו משמט ואי נמי להתחייב באונסין למאן דאית ליה הכין. אבל גופו ממש להיותו שלו לא. דהא מסתלקי בזוזי דשיעבוד בלחוד הוא דאית ליה עליה כשמת הגר הא פקע שיעבודיה עכ"ל. דלכאורה קשה דברי הרשב"א אהדדי דהא הוא כתב בקדושין (דף ח') בדיבור המתחיל התם במשכון דאחרים וכו' והלכך מלוה שיש עליה משכון כיון דאית ליה בגויה קנא קנין ואינו יכול למחול אחר שנתנו לה וסמכה דעתה נוקודשת עכ"ל. הרי כתב כאן דבמשכנו שלא בשעת הלואתו אית ליה. בגויה קנה קנין ובבבא קמא כתב דשיעבוד בלחוד הוא דאית ליה עליה: וכתבתי בפרקים הקודמים בכפתור זה ליישב שמה שכתב הרשב"א בבבא קמא דשיעבוד בעלמא אית ליה על המשכון פירושו כיון דעומד המשכון לפדות דהלוה לא יניח ביד המלוה. המשכון מה שיש להמלוה קנא קנין הוא רק כעין שיעבוד בעלמא כיון דיכול לפדותה הלוה בע"כ של המלוה ועומד לכך. לכן כתב הרשב"א בקדושין ודקדק בלשונו הזהב. דקנא קנין הוא דאית ליה בגויה וכו' ולפי זה הכא נמי בקדושת דמים אף על גב דהקדש חל על גוף הדבר שהקדיש. מ"מ כיון דעומד לפדיה מה שיש להקדש קנין בגוף הדבר הוי רק כמו שיעבוד בעלמא כמו שכתב הרשב"א גבי משכון ומשום הכי הקדש דמים אינו מפקיע מדי שיעבוד דשיעבודיה דבע"ה עדיף משיעבודו דהקדש כיון דשיעבודיה קדם. אבל קדושת הגוף כיון שהל על גוף הדבר שהקדיש ואינו ראוי לפדותו מפקיע מדי שיעבוד וכי תימא הא במכר נמי חל המכר על גוף הדבר ויוצאת מרשות המוכר לרשות הלוקח ואפילו הכי קיי"ל דהמלוה גובה מהנכסים שמכר. נ"ל דהיינו טעמא דבמכר לא נאסרה בהנאה. משא"כ בהקדש כיון שחל ההקדש בשעה אחת נאסרה בהנאה. לכן מפקיעין מדי שיעבוד כמו שאר איסורי הנאה שמונים התוספת בגיטין (דף מ) ע"ש דמפקיעין מדי שיעבוד משא"כ בקדושת דמים כיון דעומד לפדיה מה שחל ההקדש דמים על גוף הדבר הוא רק כמו שיעבוד בעלמא ומה שנאסרה בהנאה הוא רק איסורא קליטתא לכן אינם מפקיעין מדי שיעבוד ויכול להיות שזה כוונת התוספת בגיטין (דף מ') הנ"ל. דמה שכתבו ודוקא קדושת הגוף שאין לו פדיון. כוונתם דמה שחל קדושת הגוף הדבר הוא קנין אלימתא ומה שנאסר בהנאה גם הוא איסורא אלימתא משום שאין לו פדיון. לכן מפקיע מידי שיעבוד כמו דמפקיעין שאר איסורי הנאה מידי שיעבוד. ותיכף אחר זה מונים התוספות איסורי הנאה שמפקיעין מידי שיעבוד וגם מונים התוספת שגם בשיחרור הדין כן. ומפרש בירושלמי טעמא משום דלא מלינו עבד משתחרר וחוזר ומשתעבד. וסיימו התוספת והיינו כדפירשית דקדושת הגוף כיון דהיילא תו לא פקע. ואין כוונת התוספות להביא ראיה גמורה משיחרור דדומה הקדש לשיחרור רק כוונת התוספות דכעין סברא דכתבו גבי הקדש מצאו שאמרו בירושלמי דהיינו טעמא דשיחרור. ובאמת יש חילוק בין הקדש לשיחרור כדכתבתי לעיל. וכתבו התוספות אחר זה. אבל קדושת דמים לא אלים כח הקדש שכה מקדים כיון דיש לה פדיון וראויה לפקוע כדאשכחן בפדה מקנה וכו'. כוונתם כיון דעומדת הקדושת דמים לפדות מה שחל ההקדש על גוף הדבר הוא קדושה קליטתא. ומה שנאסר בהנאה הוא ג"כ איסורי קליטתא כיון דיש לה פדיון לכן אינם מפקיעין מדי שיעבוד:

ולפי מה שהוכחנו בראיות ברורות דקדושת דמים חל על גוף הדבר. אינם מובן לנו קצת מה שפירש רש"י בבבא מציעא (דף מ"ו ע"ב) בדיבור המתחיל סבר לה כרבי יוחנן דאמר לקמן דבר תורה מעות קונות כדאשכחן גבי קונה מן ההקדש שאמרה תורה ונתן הכסף וקם לו עכ"ל. ולפי מה שהוכחנו לעיל דקדושת דמים אין להמקדיש שום זכות בהם וגם הגזברים מחוייבין ליתן החפץ למי שקדם ונותן דמי שוויה לכאורה אינו מובן האיך כתב רש"י דגלמוד דמעות קונות בהדיוט משדה מקנה הא אמרינן בגיטין בריש פרק הזורק דתנו רבנן ונתן בידה אין לו אלא ידה גגה חצירה וקרפיפה מנין תלמוד לומר ונתן מ"מ ותניא נמי הכי גבי גנב ידו אין לי אלא ידו גגו חצירו וקרפיפו מניין ת"ל המצא המצא מ"מ וצריכא דאי אשמועינן גט משום דבעל כרחה מגרשה אבל גנב דליתיה בעל כרחיה אימא לא וכו'. אלמא היכא דלא בעינן דעת הזוכה שקונה אותה בע"כ בקל יכול לקנותה אף בקנין דלא מהני בשאר דוכתי הכא נמי ליכא למילף משדה מקנה דקונה בכסף. דהתם

באגי

שאני כיון דלא בעינן התם דעת המקנה דהא הבעלים אין להם זכות בהשדה שהקדישו דקדושת דמים חל על גוף הדבר ויוצאת מרשותם וגם ההקדש ג"כ אינה ברשותם דהא כל אחד ואחד יכול לפדות כפי שוי' גם בעל כרחם של הקדש לכן קונה הפודה אותה בכסף אבל הכא במקח וממכר דבעינן דעת המקנה ודעת הקונה דאינה נקנה הדבר בע"כ אינה נקנה במעות · והאיך כתב רש"י דר' יוחנן יליף דקונה במעות מדבר תורה משדה מקנה · ולפי מה דכתב השיטה מקובלת בב"מ (דף י"א) ד"ה רב פפא אמר וכו' די"ל לומר דאיכא סברא לאידך גיסא וכו' · והכי איכא למימר ומה מציאה שאין אדם מחזיק אלא הפקר לא קני לה עד דקאי בצד שדהו · מתנה ש"ש מי שמחזיק בה לכ"ש שצריך כח להוציאה מחזקתו · ואי קאי בצד שדהו אין ואי לא לא ומאן דאמר ומנא תימרא יש לו שתי סברות אלו ובעי מנא תימרא עכ"ל · א"כ יותר אינו מובן דברי רש"י דהאיך נוכל ללמוד משדה מקנה דדבר תורה מעות קונות הא נוכל לומר דדוקא בשדה מקנה דאין השדה בחזקת רשות הבעלים וגם אינה ברשות ההקדש כדכתבנו לעיל לכן קנה השדה להפודה בכסף פדיונה דכיון דאין צריכין להוציא שום דבר מחזקתו · משא"כ במקח וממכר דכיון דצריכין להוציא הדבר מחזקת המוכר צריכין קניין אלימתא · ואינו נקנה במעות ללוקח רק בהגבהה דעדיפא קניין זה יותר משאר קניינים כמבואר בכמה דוכתי ואחד מהם עי' בתוספות ב"ב (דף ע"ו ע"א) ד"ה ספינה וכו' ואין רצוני להאריך יותר :

פרח יא אות ב

ונחזור לענינינו דקדושת דמים חל על גוף הדבר כדהוכחתי בראיות ברורות · ולפי זה דברי קצות החושן אינם מובנים דנראה לפי עניית דעתי דהעיקר כדעת המשנה למלך בפרק י"ח מהלכות מלוה שכתב דמילתא דפשיטא דאף הקדש דמים כמכר ואם הקדיש הלוה מטלטלין בקדושות דמים אין המלוה יכול לגבות מהם כמו דאם מכר הלוה מטלטלין דאינו גובה מהם כיון דהוכחתי לעיל דקדושת דמים חל על גוף הדבר ולפי זה הוה כמכירה · ומה שהשיג עליו הקצה"ח שם וכתב דמאי דפשיטא ליה למשנה למלך להאי גיסא מספקא לי טובא דמצינו בתוס' איפכא בערכין פ' שום היתומים (דף כ"ג) ד"ה משום דרבי אבוה ז"ל וספק בידינו אם הלוה אין לו כי אם מטלטלין והקדישו קדושות דמים אם יחול ההקדש אם לא דודאי אם מכרו מכור ולא יתפוס המלוה מיד הלוקח לפי שאין שיעבוד המלוה על המטלטלין · אבל הקדש ספק הוא אם יחול עליהן ואין להוכיח מהא דפירש רש"י דהא דאמר רבא אפותיקי והקדישו היינו דווקא קדושות הגוף הוא דמפקא מכח שיעבוד · אבל קדושות דמים אפילו מטלטלין משמע דאין ההקדש חל עליהן · אין זו ראי' דאפשר להעמידה כגון שהקנה למלוה מטלטין אג"ק דבכה"ג חל השיעבוד בוודאי על המטלטלין כדאמרינן פ' ח"ה ואפילו מן הלוקח גובה : ונראה דמתניתין איירי בכל מילי בין מטלטלי בין מקרקע וקאמר דלא יחול ההקדש וא"ל פדיון אלא משום דרבי אבוהו עכ"ל · הרי מבואר ומפורש הדבר הזה להיפך מבעל משנה למלך · אלו דבריו הקדושים · ולפענ"ד נראה דאין הוכחה מתוספת הזה דכוונת התוס' כדדייקינן בדבריהם דהתוס' איירי בשעה שהקדישו הלוה אין לו כי אם מטלטלים שהקדים ואין להמלוה לגבות ממטלטלים אחרים כי אם מזה שהקדים : וגם מגיע זמן הפרעון של המלוה · לכן נסתפקו התוס' דאילו יכול המלוה לגבותם · ואחר כך הוכיחו מהמשנה דהמלוה גובה מהם דאזלי לטעם שכתבו בסוטה (דף כ"ה ע"ב) ד"ה בית הלל דכתבו שם דהא דאמר בפ' המקבל : יתומים אמרי אנו השבחנו . וב"ח אומר אביכם השביח על מי להביא ראיה סבר רב הונא למימר ארעא בחזקת יתמי קיימי ועל בע"ח להביא ראיה אמר ליה ההוא סבא הכי אמר ר' יוחנן על היתומים להביא ראיה מאי טעמא ארעא כיון דלגוביינא קיימא כמאן דגבי דמי · ויתמי נייתי ראיה ונפקא דמיירי דהיתומים מודים לבע"ח בקרקע עצמו שהיא משועבדת לו ואין מעכבין לפניו הקרקע דאל"כ היכי שביק ר' יוחנן בית הלל דסברי שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ועביד כבית שמאי זה תורף דבריהם והכא נמי המקדיש בודאי מודה לבע"ח שהוא חייב לו ואין מעכב לפניו המטלטלים שהקדים · דבודאי לא יעשה מצוה הבאה בעבירה · ומה שהקדים מתחילה אף דאין לו ממה לפרוע הבע"ח סבר מצוה קא עבידנא כדאמרינן בב"ק (דף ק"ב ע"ב) אמר ליה אביי אין דעתו של אדם על תפילין המקדיש נכסיו סבר מצוה קא עבידנא פירוש וחל ההקדש גם על התפילין אף שעי"ז יתבטל ממצות תפלין · מ"מ הוא טועה דסובר דהקדש מצותה טפי עדיפא ממצות תפילין · כן גם כן הכא המקדים טועה דסובר דמצותה עדיפא טפי ממצות פריעת בע"ח אבל מן הסתם בודאי מודה לבע"ח שחייב לו · וגם אין מעכב הנכסים שהקדים לפני בע"ח כיון דסובר לעשות מצוה · וגם הא אמרינן בב"מ (דף ה' ע"ב) ובקדושין (דף ס"ג ע"ב) חזקה אין אדם חוטא ולא לו הכי נמי מה איכפת ליה להלוה שיגבה המלוה מהמטלטלין שהקדים · ובודאי הוא מודה לבע"ח שחייב לו דחזקה אין אדם חוטא ולא לו · וכיון שכן אינו חל ההקדש על המטלטלין כיון דאין לו נכסים אחרים בשעה שהקדים לפרוע את הבע"ח · וגם הוא מודה בהחוב וגם אין מעכב את המטלטלין שהקדים לפני הבע"ח והוי ליה כגבוי · משא"כ בהך דינא דמיירי המשנה למלך והקצה"ח דשם היה להלוה מטלטלים אחרים בשעה שהקדים ויכול הבע"ח לפרוע מהם לכן אח"כ כשאינו יכול הבע"ח לגבות מהמטלטלין של חולין כגון שמכר או נתן או כדומה לזה אינו יכול לגבות מהמטלטין שהקדים קדושת דמים דהוי ג"כ כמכר · אף לשיטת הרמב"ן והרשב"א ז"ל הובא בש"ך סימן קט"ו ס"ק ל"ג שלא אמרו על היתומים להביא ראיה אלא באפותיקי דאז ארעא בחזקת הבע"ח קיימי מ"מ נראה לי אם אין להלוה כי אם מטלטלין שהקדים ומודה בהחוב ואינו מעכב לפני הבע"ח הוי כמו שעשה אפותיקי כיון דאין להלוה לפרוע לבע"ח מנכסים אחרים ועיין באורים ותומים בסוף סימן קט"ו · ולפי זה מדוקדק לשון התוספת היטב דכתבו וספק ביד מורי אם להלוה אין לו כי אם מטלטלי היינו קדושת דמים והקדישו הלוה עכ"ל הרי מבואר בהדיא בלשונם דבשעה שהקדיש אין לו כי אם המטלטלים שהקדים ומאי דפשיטא להו דכתבו דודאי אם מכרו המוכר מכור פירש ואין הבע"ח גובה מהם נ"ל דהיינו טעמא כיון דהמכר נותן הלוקח דמים עבור המטלטלים אף דאין לו מטלטלים אחרים אין הבע"ח יכול לגבות מהם דיכול לגבות מהדמים שנתן הלוקח לכן פשיטא להו להתוס' דאין הבע"ח גובה מהמטלטלים שמכר וכי תימא הניחא במכר אבל במתנה אם אין לו להלוה כי אם המטלטלים שנתן אמאי אינו יכול לגבות הבע"ח דאין לומר דהכי נמי דבע"ח גובה ממקבל מתנה הא איתא בב"מ (דף י"ב) במתנה מלא שטר שאין בו אחריות יחזיר ולא חיישינן שמא יעשה קנוניא על המקבל מתנה אלא וודאי דאין הבע"ח גובה גם ממקבל מתנה וכעין זה הוכיחו התוס" בכתובות (דף מ"ט) והרא"ש בקדושין פרק האומר והתוס' ביבמות (דף ל"ע ע"א) בד"ה כתב וכו' די"ל לומר לפי מה שאמרינן בש"ס בגיטין (דף כ') ובמגילה (דף כ"ו) דאי לאו דהוה ליה הנאה מיניה לאו הוה יהיב ליה הדר הוה ליה מתנה כזביני ולפי זה משום הכי אין יכול לגבות הבע"ח מהמקבל מתנה דגם להמקבל מתנה הוה ליה כעין חוב על הנותן לכן עדיפא כוחו של המקבל מתנה כיון דהוא מוחזק · ואף למאן דאמר בע"ח מאוחר שקדם וגבה לא גבה היינו דווקא כשבא לידו בגביה עבור חובו אבל הכא שמדעתו של הלוה מסר לו שנתן לו במתנה עדיפא כוחו של המקבל מתנה מהבע"ח כיון דהוא מוחזק בהנכסים . ואין להקשות על דברי מהרא"ם סוף פרק קמא דגיטין והא דאמר גבי עבד תן כזכי אע"פ שמרצין לבו

מתחררו

מבהררו באני שהרול דאי לאו דעבד ליה ניח נפשיה לא הוה מבהדר ליה הילכך הוי כמו חוב׳ · ואם תאמר גבי מתנה נמי אמרינן בפ׳ הניזקין (דף נ׳ ע״ב) אי לאו דעבד ליה ניח נפשיה לא הוה יהיב ליה · יש לומר דלא דמי דרגילות הוא כמה פעמים שאדם נותן לקרובו או לאוהבו אע״ג דלא עביד ליה ניח נפשיה מעולם · אבל אין דרך האדם לבהדר עבדו אי לאו דעביד ליה ניח נפשיה מעולם וטובה עכ״ל · ולפי דבריו לכאורה קשה אמאי מלא שטר חוב שאין בו אחריות יחזור דניחום שעושה קנוניא כדי שיגבה ממקבל מתנה דמה שכתבתי דמקבל מתנה עדיפא כוחו יותר מבע״ח דהוא הוה ג״כ כמו בעל חוב והוא מוחזק · דלכאורה לדברי הרא״ש זה אינו כדכתב הרא״ש דרגילות הוא כמה פעמים שאדם נותן לקרובו או לאוהבו אע״ג דלא עביד ליה ניח נפשיה · דיש לומר דלכאורה דברי הרא״ש אינם מובנים · דהא איתא בהדיא בפרק הניזקין הנ״ל שסבית הרא״ש שם אי לאו דעביד ליה ניח נפשיה לא הוי יהיב ליה דמשמע מזה דאין דרכן בל בני אדם לתת מתנה בכדי · והאיך כתב הרא״ש דרגילות הוא כמה פעמים וכו׳ דלכאורה דבריו הוא היפך מדברי הגמרא לכן נראה לי דכוונת הרא״ש מה שכתב דרגילות וכו׳ פירושו דהוה כמו מיעוט המלוי שיש מיעוטן בל בני האדם שרגילות שנותנים מתנה לאוהבו בכדי אבל רובן בל בני אדם אין נותנין מתנה רק היכא דעביד ליה ניח נפשיה מקודם · הילכך גבי תן דבא המקבל מתנה להוציא מיד המוחזק בהנכסים היו עד עכשיו בחזקת הנותן לכן אמרינן דאולי הנותן הוי ממיעוט בל בני אדם שנותן מתנה לאוהבו אף דלא עביד ליה ניח נפשיה · דקיי״ל דגבי ממון אין הולכין אחר הרוב משום הכי כתב הרא״ש שפיר דגבי מתנה תן לאו כזכי מבא״כ בקך דנזקין הנ״ל דשם מיירי אי הבעל חוב גובה מהמקבל מתנה במקום שיש בני חורין ואמרינן התם דמתנה הוי כמכר אי לאו דאית ליה הנאה מיניה לא יהיב ליה מתנה · הילכך כי פסידא דלקוחות דמי · משום הכי אין הבע״ח יכול לגבות מהמקבל מתנה דגבי מוחזק אזלינן בתר רובא אף גבי ממונא כידוע · דדוקא היכא דבאים להוציא מיד המוחזק לא אזלינן בתר רובא · לכן אמרינן בפ׳ הנזקין הנ״ל דאינו גובה ממקבל מתנה · ולפ״ז ניחא גם דברינו · דמשום הכי לא חיישינן בשטר שאין בו אחריות להחזיר דאולי הוא עושה קנוניא לגבות מהמקבל מתנה דבשטר שאין בו אחריות לא יוכל לגבות ממקבל מתנה · דכיון שהוא מוחזק אזלינן בתר רובא דאי לאו דעביד ליה ניח נפשיה לא היה נותן לו והוה כעין חוב ואדרבה עדיפא יותר מבע״ה מחמת שהוא מוחזק כדכתבתי לעיל · וכי תימא דאכתי איכא להקשות על דברינו מקך דמלא שטר שאין בו אחריות אמאי יחזיר · ניחוש דילמא עושה קנוניא על בנו או על קרובו שנתן לו במתנה דבהם לא שייך הסברא שכתבתי אי לאו דעביד ליה ניח נפשיה וכו׳ · כמו שכתב השלטי הגבורים בפרק הניזקין בשם הריא״ז הביאו בעל המפה בריש סימן ק״ה · וכן כתבו התוספות בכתובות (דף נ״ט ע״ב) ד״ה הוא ואשתו וכו׳ · דגם זה יש לתרץ דאין דרכן בל בני אדם לעשות קנוניא על בניו ועל קרוביו כמו שמבואר בב״ב · (דף קע״ה ע״א) ולפי זה ניחא דברי התוספות דמכר שפיעא להו דאף אם אין לו נכסים אחרים בעת שמכר מ״מ יכול לגבות מהם הבע״ח · מבא״כ במוקדים כיון דחזקה אין אדם פורע ולא לו כדאמרינן בב״מ ובקדושין הנ״ל · וגם אין אדם עושה מלוה הבאה בעבירה משהאות מודה הוא לבע״ח שהוא חייב לו · לכן הוי כגבוי · וגובה המלוה מהמטלטלים שהקדיש הלוה בקדושת דמים · אף דהוה כמכר כדכתבתי לעיל :

ובזה הסברא ישבתי דברי הסמ״ע (בסימן קי״ג ס״ק ה׳) דכתב על מה שמבואר בהמחבר ואם שיעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי יכול לטרוף המטלטלים מהלקוחות · כמו שהוא טורף קרקע אפילו יכר הקרקעות קודם שיקנה המטלטלים · וכתב ע״ז הסמ״ע בהגהות דהכי מפה כתב עוד טעם לדבר כיון דהיה להלוה קרקע בעת ההלואה והשיעבוד ואם היה רוצה יכול לטרוף הקרקע מיד הלוקח והוה כאילו קרקע עדיין ביד הלוה לשעבד לו אגבן המטלטלים דהכי ודאי המלוה מוזפה לו אותו קרקע לטובתו כדי שיקנה לו אגבה · והקשה עליו השער המשפט שם דהא דנתבאר בסעיף ב׳ דהמלוה יכול לזכות קרקע להלוה כדי שיקנה לו המטלטלים אגבה היינו קרקע שהוא ממש של המלוה · ובאמת מדרכי ההקנאות שקונים בהם קרקעות · משא״כ הכא שאין להמלוה על הקרקע זה שהוא ביד הלוקח אלא שיעבוד גרידא · האיך יכול להקנות שיעבוד זה להלוה הא שטר אינו נקנה אלא בכתיבה ומסירה והאיך יכול להקנות ללוה השיעבוד שיש לו על הלוקח · הלא השיעבוד אינו ברשותו וה״י לסקנותו · כמו שכתבו התוס׳ פרק הספינה (דף ע״ז) והלוה גופא כבר מכר אותה הקרקע ללוקח ואין לו בה שום תפיסת יד · ולפי דברינו ניחא · דבודאי הלוה מודה שחייב להמלוה דחזקה אין אדם פורע ולא לו כדאיתא בב״מ ובקדושין שהבאתי לעיל · וגם הכא אין להלוה מזה שום טובה ממה שיכפור להמלוה · דהא אין המלוה יכול לטרוף מהלקוחות שקנו את הקרקע והמטלטלים בשיעבד הלוה להמלוה אגב מקרקעי אא״כ שאין להלוה שום נכסים אחרים שיפרע מהם המלוה · וכיון דאין להלוה נכסים מאי איכפת ליה אם יודה להמלוה ויגבה מהקרקע או מהמטלטלים שקנו הלקוחות כיון דהדין דהמלוה גובה מהם · ולפ״ז אם יכפור יהיה פורע ולא לו · משום הכי הלוה בודאי מודה להמלוה שחייב לו וגם הלוקח שקנה את הקרקע בודאי לא יעכב לפני המלוה שיטרוף אותה לפי שעה כדי שיוכל הלוה לשעבד לו המטלטלים אגב קרקע הזה דבודאי גם המלוה מזכה לו אותו קרקע לטובתו כדי שיקנה לו אגבה כדכתב הסמ״ע הנ״ל · וזה מהני דאף שהקרקע קנוי רק לפי שעה מ״מ יכול לשעבד לו המטלטלים אגב הקרקע הזה כמבואר שם בסעיף ב׳ · ואם אין להלוה קרקע והמלוה זוכה לו וכו׳ או שהשאילו או השכיר לו קרקע כל שהוא הרי זה מקנה עליו כל המטלטלים שירצה עכ״ל · ומה שכתב מקנה עליו כל המטלטלים פירושו שיכול לשעבד אגבן כל המטלטלים להמלוה כדמוכח בהדיא מדברי השולחן ערוך עיי״ש · ולפ״ז שפיר כתב הסמ״ע שיכול הלוה לשעבד מטלטלים אגב קרקע שמכר מקודם דהמלוה בודאי מוחל אותו לטובתו · ומה שטוען השער המשפט שם דשטר אינו נקנה אלא בכתיבה ומסירה · נ״ל דהיינו דוקא רק היכא שלקח השטר ויכול לגבות מהלוה שהוא מוחזק לכן צריכין כותו״ם כדי שיהיה הלוקח תחת המלוה דיהיה כאילו הלוה לוה מן הלוקח כדי שיוכל להוציא מיד הלוה המוחזק משא״כ הכא דהקרקע שקנה הלוקח הוי כגבוי ביד המלוה דבודאי מודה הלוקח להמלוה בחובו וגם אינו מעכב לפניו שיטרוף אותה לפי שעה · לכן הוי כגבוי הקרקע ביד המלוה לפי מה שכתבו התוס׳ בשוטה הנ״ל · ועיין פירוש דבריהם בחו״מ בסוף סימן קצ״ו · לכן אין הלוה צריך כותו״ם · דכיון דהקרקע המשועבדת בשטר להמלוה הוי כגבוי לכן אין הלוקח נקרא מוחזק בהקרקע · וכיון שבררתי שהלוקח לא מיקרי מוחזק בהקרקע · לכן כשמחל המלוה את החוב להלוה לפי שעה עלתה הקרקע המשועבדת אחר מחילות החוב דכיון שהחוב הקנה לו המלוה להלוה לפי שעה ג״כ הקנה להלוה את הקרקע המשועבדת לו עבור החוב הזה לפי שעה :

אך הנימוקי יוסף כתב בחזקת הבתים על (דף מ״ד) בגמרא ובמשנין מהבא מדאיצטריך למימר משולם ולא אמר שלא היה לו קרקעות בשעה שקנה מטלטלים אלו · שבשעבודא קמא הייל אמטלטלי שיקנה אפילו לאחר שמכר הקרקע · ודעת הרמב״ן ז״ל לומר הטעם לפי שכל שכתוב דאקני שוב אין יכול לחזור בו אפילו קודם שקנה · אמנם משום דהאונה הייל שיעבודיה · ומיהו בטעם הסמ״ע · [ולפי מעיי של הסמ״ע אינו מוכח הדין שהוציא הרמב״ן מטעמו · דבשיעבוד דאקני אינו יכול לחזור כמובן] · משום דטעם הסמ״ע יתכן רק לשיטת התוס׳ ושיטתם מוכח דעתם בחו״מ סימן קצ״ו סעיף ד׳

ד׳ · אבל הרמב״ן ז״ל לשיטתו דסבירא ליה דאין הבע״ח גובה את השבח מהיתומים אלא אם כן עשאה אביהם אפותקי · דאז היתומים צריכין להביא ראיה הובא דעתם ברמ״א שם · ומבואר יותר זאת בש״ך שם בס״ק ל״ג וכתב שם שגם הרשב״א ז״ל השכים לדעת הרמב״ן · ולפי דעתם לא נוכל לומר טעם השמ״ע דמסתמא המלוה מוחל לו את הקרקע דמה מהני מחילת המלוה · דהקרקע הוא קנוי ללוקח כקושיות השער המשפט הנ״ל · דלשיטת הרמב״ן לא נוכל לומר דהוי כגבוי ביד המלוה כיון דמודה בה · דהא הרמב״ן סבירא ליה דלא אמרינן כגבוי דמי אלא באפותקי אבל כשלא עשאה אביהם אפותקי על הבע״ח להביא ראיה דלאו כגבוי דמי · וכי תימא דהאיך הוכיח הרמב״ן את דינו מטעמא שכתב כנ״ל · דנוכל לומר דמשום הכי איצטריך הגמרא לומר דלא הות ליה ארעא מעולם · דאי לאו הכי חיישינן שמא עשאה הלוה אפותקי הקרקע שמכר · דגם לשיטת הרמב״ן הוי כגבוי אם הלוה מודה והכא מסתמא הלוה מודה כמו שכתב השמ״ע · משום הכי אינו יכול להעיד על הפרה וטלית דילמא שיעבד הלוה הפרה והטלית אגב השדה שעשה אפותקי · משום הכי איצטריך הגמרא לומר הכא במאי עסקינן כגון דקא אמרי עדים ידענו ביה בהאי דלא הוית ליה ארעא מעולם · דיש לומר שלפי שיטת הרמב״ן ניחא · דאינו יכול לשעבד הלוה מטלטלי אגב השדה שעשאה אפותיקי אם קנה המטלטלים אחר שהיתה משועבדת להמלוה השדה באפותיקי דבהכי איירי הגמרא שקנה המטלטלים אחר שהיה לו השדה עיין שם בסוגיא · דדמי כמו ששיעבד הלוה המטלטלים אגב קרקע של המלוה כיון שכבר משועבדת להמלוה (עיין בקצות החושן ריש סימן קי״ג שכתב כן סברא זו על ענין אחר ובאופן אחר דמזה הסברא הקשה על הרמב״ן שם) · וכי תימא דהכתי נוכל לומר כטעם השמ״ע דמסתמא המלוה מוחל לו ויכול לשעבד אגב השדה שעשאה אפוהיקי דיש לומר דהרמב״ן ז״ל לשיטתו דסבירא ליה דאם עשאו אפותיקי גובה בעל חוב את השבח אף ביתר מכדי חובו רק שנותן לו את הוצאותיו והובא דעתו בש״ך (סימן קט״ו ס״ק כ״ו) · וכתבו הראשונים דהטעם דכיון דעשאה אפותיקי הרי הוא אצל המלוה כאחת משדותיו ונוטל כל השבח ואינו נותן לה אלא הוצאה עיין שם בש״ך שהביא שם לשון הראשונים כמו שכתבתי ובס״ק כ״ה מבואר יותר בש״ך דאפותיקי הוי כמכירה להמלוה עיין שם · ולפ״ז לא יוכל לשעבד הלוה הפרה והטלית אגב השדה שעשאה אפותיקי מקודם שקנה הפרה · והטלית שיהיה משועבד להמלוה אגב השדה גם הפרה והטלית שקנה אח״כ דכיון דעשאה אפותיקי הוי כמכירה להמלוה ואינו יכול לשעבד מטלטלים אגב קרקע של המלוה · ולא נוכל לומר שמסתמא המלוה מוחל לו כמו שכתב השמ״ע כיון דמיירי שעשאו אפותיקי לא מהני מחילה אם לא שיקנה הלוה הקרקע מחדש באחד הקנינים המועילים כמו שמבואר בחו״מ סימן קי״ג סעיף ב׳ · וכי תימא דהא דכתבו הרמב״ן וסייעתו דבאפותיקי הוי כמכירה הוא דוקא באפותיקי מפורש כדמוכח מהסוגיא דב״מ (בדף ס״ו ע״ב) הכא במאי עסקינן כגון שעשאו אפותיקי דאמר ליה לא יהא לך פירעון אלא מזו דמוכח מתוך הסוגיא זו דמה שכתבו דהוי כמכירה רק באפותיקי מפורש עיי״ש בדברי הראשונים ואהד מהם בתוספות שם ד״ה כגון · ולפי זה לכאורה נוכל לומר הא דמצריך הגמרא דהעדים צריכים להעיד שלא היה לו מעולם קרקע דחיישינן דילמא שיעבד לו הפרה והטלית אגב שדה שעשאה אפותיקי סתם והוי כגבוי אצל המלוה כיון שעשאו אפותיקי סתם ואפילו הכי יכול למחול הלוה כדי שישעבד לו אגב שדה זו מטלטלים · דכיון דמיירי רק באפותיקי סתם לא הוי כמכירה אצל המלוה ומהני מחילה של המלוה ונגררת השדה המשועבדת שעשאה אפותיקי סתם אחר מחילת החוב שמחל המלוה להלוה לפי שעה כיון דהוי כגבוי ביד המלוה ולאחר זמן יהיה יוצאת השדה מתחת ידו לא נקרא המלוה מוחזק ולא בעי כומ״ש כדכתבתי לעיל · משום הכי קאמר הגמרא דהעדים אמרו דמעולם לא היו לו שדה ולפי זה אינו מוכח דינו של הרמב״ן דבשיעבד דאקני אינו יכול לחזור כמובן אך זה אינו דלשיטת הרמב״ן וסייעתו דלא אמרינן כגבוי רק היכא דעשאה אפותיקי היינו דוקא באפותיקי מפורש אבל באפותיקי סתם לא אמרינן דהוי כגבוי לפי דעתם · דכן מבואר בשיטה מקובצת לב״מ (דף ק״י ע״ב) בדיבור המתחיל ארעא כיון דלגובייגא קיימי כמה דגביא דמי ובדשויה ניהליה באפותיקי מפורש על בע״ח להביא ראיה דלאו לגובייגא קיימי דאי בעי יתומים מסלקי ליה בזוזי לכו״ע עכ״ל · וכן מבואר בהדיא בב״י (בסימן קט״ו סעיף י״ד) שהרב המגיד כתב בשם רמב״ן ורשב״א דלא אמרינן דכגבוי דמי רק דוקא היכא דעשאו אפותיקי מפורש · וגם מבואר עוד שם שכן גם דעת הנימוקי יוסף וכיון דלא אמרינן דכגבוי דמי רק היכא דעשאו אפותיקי מפורש לפי זה לא היה צריך הגמרא לשנויא כגון דקאמרי עדים לא היה לו שדה מעולם דאי לא עשאו אפותיקי אינו יכול לשעבד הפרה והטלית אגב השדה שמכר מקודם כדכתבתי לעיל · ואי מיירי בעשאו אפותיקי סתם ג״כ לא יכול לשעבד הפרה והטלית כיון דבאפותיקי סתם לא אמרינן כגבוי דמי ומבואר היטב זאת לעיל ובאפותיקי מפורש הוי כמכורה אצל המלוה ואינו יכול לשעבד אגב קרקע של המלוה כמבואר לעיל היטיב ומש״ה כתב הרמב״ן הא דמצריך הגמרא לשנויא כגון דאמרי עדים שמעולם לא היה לו ארעא בשיעבודא קמא חייל אמטלטלי שיקנה אפילו לאחר שמכר הקרקע · ומזה הוכיח הרמב״ן דבשיעבוד דאקני אינו יכול לחזור עיין בלשונו שהעתקתי לעיל ולפי דברינו דלעיל דלטעם השמ״ע מהני מחילת המלוה להלוה שיכול לשעבד מטלטלים אגב קרקע שמכר מקודם לא יתכן תירוץ של הגאון רבינו שער המשפט על קושיות התוס׳ בב״ב (דף מ״ד ע״ב) ד״ה כגון · דלפי תירוצו מבואר שם דלא מהני מחילת המלוה · עי׳ שם שהאריך :

לכן נראה לפענ״ד לתרץ קושיות התוס׳ וכדי להבין הדברים שכתבתי לעיל · וגם התירוץ על קושיא הנ״ל · נעתיק לשון הגמרא דאיתא התם (בדף מ״ג ע״ב) תנו רבנן מכר לו בית מכר לו שדה אין מעיד לו עליה מפני שאחריותו עליו מכר לו פרה מכר לו טלית מעיד לו עליה מפני שאין אחריותו עליו ופריך הגמרא מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא וכו׳ · ומשני הגמרא אלא כדרבין בר שמואל דאמר רבין בר שמואל משמיה דשמואל המוכר שדה לחבירו שלא באחריות אין מעיד לו עליה מפני שמעמידה בפני בעל חובו ודוקא בית או שדה אבל פרה וטלית לא וכו׳ ומסיק הגמרא שם דמטלטלים אפילו עשאו אפותיקי ומכרו אין בע״ח גובה הימנו · ופריך הגמרא וליחוש דילמא אקני מטלטלי אגב מקרקעי וכו׳ ומשני הכא במאי עסקינן כגון שלקח ומכר לאלתר פירוש משום הכי לא חיישינן דילמא לוה לאחר שקנה המטלטלים קודם שמכר · ופריך הגמרא וליחוש דילמא דאיקני הוא שמעת מיניה דאקני קנה ומכר קנה והוריש לא משתעבד לא צריכא דקאמרי עדים ידעינן ביה בהאי דלא הוי ליה ארעא מעולם וכו׳ וכתבו התוס׳ על זה בדיבור המתחיל כגון שלקח ומכר לאלתר הוי מצי למיפרך אי הכי אפילו בית ושדה נמי וכו׳ עכ״ל · ונראה לפענ״ד לתרץ דמבית ושדה אינה יכולה הגמרא לפרוך דנוכל לומר דמשום הכי הבית ושדה אינו יכול להעיד דחיישינן דלמא הלוה לו המלוה אדעתא דהכי שלא יוציא המעות לצורכו אלא אם כן יהיה לו השדה או בית שיוכל לגבות חובו מהם · וזהו מצוי שיאמין המלוה להלוה שלא יוציא המעות רק באופן שהתנה עמו · והאוי לך דוגמא עיין בב״מ (דף ק״ד ע״ב) רבא אמר להכי קרי ליה עיסקא דאמר ליה כי יהבינא לך לאיעסוקי ביה ולא למשתי ביה שכרי ופירש רש״י על זה בד״ה להכי קרי ליה עיסקא שתהא קיימת תמיד ומתעסק בה ויסמכו עליה בעליה שלא תנתן להוצאה ואם מת לוה יגבו ולא תעשה כמטלטלין שלהן וכו׳ עכ״ל · ולפי זה אינו יכול להעיד על השדה או על הבית דאף שלקח ומכר לאלתר שלא היה אפשר ללוות בנתיים · מ״מ חיישינן דילמא לוה מקודם מעות אדעתא דהכי שלא

יוכל

יוכל להוציאם רק אם יהיה לו ממה לגבות · כגון בית או שדה · והיכא שקנה הבית או השדה נעשית המעות הלואה אלו ונשתעבד להמלוה הבית והשדה · ולפ"ז אף אם נימא דאיקני לא משתעבד מ"מ הכא נשתעבד השדה או הבית שקנה אח"כ דזה לא מקרי שעבוד דאיקני כיון דלא נעשית המעות הלואה אלו עד שקנה הבית או השדה · משום הכי אינו מעיד עליהן מפני שמעמידה בפני בעל חובו · אבל על פרה וטלית יכול להעיד אף שיעבד לו אגב מקרקעי · מ"מ כיון דלא היה לו המטלטלים בעת שקנה השדה אינו מהני השיעבוד · אף לשיטת הרמב"ן שהובא מנימוקי יוסף דשיעבודא קמא חייל אמטלטלי שיקנה אפילו לאחר שמכר הקרקע · אבל הכא לא מהני השיעבוד המטלטלים דכיון דלא היו להלוה המטלטלין שיעבד לו אגב מקרקעי בעת שקנה הקרקע ולא נעשו הלואה אלו המעות רק כפי שווית הקרקע שיש לו · והמותר הוא רק אלו בפקדון כיון דאין לו מטלטלים ואם הלואה אין כאן גם שיעבוד אין כאן כמובן · וכי תימא דמסתמא מחל לו המלוה להלוה את הקרקע כמו שכתב הסמ"ע הנ"ל בעת שקנה המטלטלים כדי שיחול השיעבוד של המטלטלים אגב השדה שהיתה משועבדת להמלוה דאין יכול לשעבד אגבה הפרה והטלית כמה שכתב הקצה"ח ריש סימן קי"ג והבאתיו לעיל · וכי תימא לפי מה שכתבתי לעיל דמסתמא הלוה מודה והוי כגבוי ומשום הכי נגררת השיעבוד של שדה אחר מחילות החוב אף בלא כומ"ש · דיש לומר דזה ניחא רק לפי שיטת התוס' דסוטה (דף כ"ה) הנ"ל וביררתי שם דבריהם · משום הכי אזלי לשיטתם בב"ב (דף מ"ד) הנ"ל שתירצו קושיתם באופן שאינו מרווח כל כך ע"ש · אך לפי שיטת הרמב"ן והרשב"א וסייעתם דלא אמרינן כגבוי דמי רק היכא דעשה אפותיקי מפורש · אינו נגרר השיעבוד אחר מחילות החוב דהוי כמכירה אלו המלוה ואינו נקנה השיעבוד רק בכומ"ש · משום הכי לא הייבינן גבי פרה וטלית שיעיד שקר כדי להעמידה בפני בעל חובו דאינו חל השיעבוד דהמטלטלים קנה אחר שקנה השדה או הבית ואינו יכול לשעבדם הפרה והטלית אגבן כיון שכבר השדה משועבדת להמלוה כמו שכתב הקצה"ח ריש סימן קי"ג והבאתי לעיל · והכא עדיפא טפי דהוי כמכירה להמלוה אם נימא דמיירי באפותיקי מפורש לפי שיטת הרמב"ן וסייעתו הנ"ל · וכי תימא דאף דלא נעשו הלואה המעות המותר שוה יותר מן הקרקע רק הוי כמו פקדון · מ"מ הוה על המעות שומר שכר דהא אתרמי ליה מטלטלי לקנות יקנה מהמעות שהיו עד עכשיו בפקדון אלו ויהנה מהם · דכי האי גוונא אמרינן בכמה דוכתי בש"ס דמהאי זה הוי שומר שכר ונשתעבדו נכסי בעל הפיקדון שהיו עד כעת המעות אלו בפקדון ושיקנה מטלטלים חל אחריות של המעות עליהן · ולפ"ז לפי שיטת הרמב"ן הנ"ל חל שיעבוד של המטלטלים מה שנשעבד אגב מקרקעי שמכר מקודם · וזה השיעבוד נכלל בכלל השיעבוד אחריות דהשיעבוד אחריות גדולה טפי ובכלל מאתים מנה · זה אינו דהשיעבוד אחריות השומרים מה שנעשה שומר שכר על המעות כבר נתבטל שאינו גובה מהקרקע שקנה אח"כ ולא מן המטלטלים שקנה אחר כך לפי מאי דסבירא לן השתא דאיקני לא משתעבד · כדפריך הגמרא אחר כך במעשה מיניה דאיקני וכו' לא משתעבד · דנשאר רק השיעבוד כשנעשה המעות הלואה בעת שקנה קרקע והמותר המעות מה ששוה יותר ממה ששוה הקרקע הוא רק בתורת פקדון אלו וחייל השיעבוד משעה ראשונה כפי שיטת הרמב"ן מתרי טעמא · הדא דאם הלואה אין כאן שיעבוד אין כאן כדכתבתי לעיל · שנית · דשיעבוד המטלטלים הוא דאיקני לכן לא חל השיעבוד לפי מאי דסבירא ליה להגמרא השתא דאיקני לא משתעבד ולכן מגופא דברייתא לא מצי למיפרך הגמרא · רק פריך הגמרא פירכא אחרת ממעשה מיניה וכו' · ולפ"ז אין אנו צריכין לומר כדברי הגאון רבינו בעל שער המשפט דהגמרא דפריך ממעשה מיניה ולא פריך מגופא דברייתא כקושיות התוס' דמוכח מזה לא כסברת הסמ"ע דמסתמא מחל לו · אבל לפי דברינו יתורץ קושיות התוס' אף אם נאמר כסברת הסמ"ע · דמסתמא מחל לו המלוה ומה שהקשה עליו השער המשפט דהא כבר מכר הקרקע ולא מהני מחילה כבר ישבתי לעיל לפי סברת התוס' דסוטה (דף כ"ה) דמסתמא הלוה מודה לו דהזקה אין אדם חוטא ולא לו :

ובאלה הדברים ישבתי דברי התוס' דערכין (דף כ"ג) הנ"ל · דהוכחתי מכמה דוכתי בגמרא דקדושת דמים חל על גוף הדבר והאיך כתבו התוס' דהבע"ח גובה מהמטלטלים שהקדיש דהא אין בע"ח גובה מהלוקח שקנה מטלטלים כיון דקדושת דמים חל על גוף הדבר הוי כמכירה · ולפי דברינו ניחא דמסתמא הלוה מודה דהזקה אין אדם חוטא ולא לו והוי כגבוי כדכתבתי לעיל · ולפ"ז אין להוכיח מדברי התוס' דערכין הנ"ל שכתבו להיפך מדברי המ"ל דהמ"ל מיירי דבשעה שהקדיש המטלטלים היה להלוה גם מטלטלים אחרים שיוכל לפרוע מהם החוב · לכן אינו גובה המלוה מהמטלטלים שהקדיש דהוי כמכירה דמה לי מכר לגבוה מה לי מכר להדיוט כדאכתוב אי"ה לקמן מהגמרא · והתוס' מיירי כשאין לו נכסים אחרים לפרוע מהם החוב בשעה שהקדיש המטלטלים משום הכי הוי כגבוי ביד המלוה המטלטלים כדכתבתי לעיל באריכות לכן כתבו התוס' דבע"ח גובה מהמטלטלים שהקדיש אף שדברי הוא נגד קצה"ח ואין אנכי כאחד מתלמידי תלמידיו הקטנים מ"מ כתבתי דברי כדי להתלמד ורבותינו יכריעו בדבר הזה :

ומה שכתב עוד הקצה"ח בסימן קי"ז הנ"ל · להוכיח בלא כדברי המשנה למלך · מדברי הרב המגיד בפרק ב' מהלכות זכיה הלכה י"ד · והעתיק את לשונו כי יש לי אריכות קצת בדבריו הקדושים אחר שנדקדק בלשונו הזהב · וז"ל על מה שכתב הרמב"ם בהלכה ט"ו היה משכון הגר ביד ישראל ובא ישראל אחר והחזיק בו לוקח ממנו הראשון כנגד מעותיו והאחרון קנה את השאר · וכתב על זה הרב המגיד בשם בעל העיטור ז"ל · ואם ישראל יש לו מלוה בשטר או עדים על הגר ומת בתוך זמנו הרי הוא כמשכון של גר ביד ישראל ואם בא ישראל אחר והחזיק בנכסיו של הגר אינו יכול להחזיק כשיעור החוב עכ"ל · ומש"כ ומת בתוך זמנו העדים קאי דאי בשטר אפילו לאחר זמנו וכן כתב הרשב"א ז"ל כדבריו דאמר דאע"ג דכשמת הגר נעשו כל נכסיו הפקר אין שיעבודו של זה נפקע דלא עדיף הפקר מהקדש והקדש דמים קיימא לן בערכין דמוסיף עוד דינר ופודה את הנכסים הללו · וכן נ"ל אפילו אין לו אלא מטלטלים · והא דקאמר משכונו של גר ביד ישראל משום דקא בעי למימר ובא ישראל אחר והחזיק בו קנה השאר וכו' עכ"ל ועוד האריך ועיקר עוד כתב בעל העיטור ז"ל והמחזיק בנכסי הגר הרי הוא כיורש · והבא ליפרע צריך שבועה כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים ע"כ · ויש לדקדק אם החזיקו שנים זה אחר זה · אם יכול הראשון לומר לבע"ח הנחתי מקום לגבות ממנו ושיגבה מן האחרון או חולקין ביניהם את החוב · וצ"ע · אחר כך מצאתי בתוספתא במי שהיה נכוי גר שמת וזכו ישראל נכסיו ויצאו עליו כתובת אשה ובעל חוב גובין מן האחרון אין כאן גובין משלפניו וזה מבואר עכ"ל ומדבריו הוכיח הקצוה"ח דהקדש והפקר שוין הן · וכיון דבהפקר אפילו במטלטלים ההפקר אינו מפקיע מדי שיעבוד הוא הדין בהקדש דמים אפילו במטלטלים אינו מפקיע הקדושת דמים מדי שיעבוד ע"ש בדבריו · ולפענ"ד נראה דאין להוכיח מדברי הרב המגיד להיפך נגד משנה למלך · דהגר שזכו כל נכסיו אין להמלוה לגבות ממקום אחר · דאם לא זכו כל נכסיו בודאי אינו גובה מהנכסים שהחזיקו לאחר מיתת הגר · כמובן [ובפרט לפי מה שאכתוב אי"ה לקמן להוכיח ראיה ברורה דהמחזיק בנכסי הגר דינו כלוקח · וזה ידוע דבמקום שיש נכסים בני חורין אין נפרעין מנכסים משועבדים] · וכיון שהחזיקו כל נכסיו ואין לו לפרוע ממקום אחר הרי זה דומה למה שכתבתי בכוונת התוס' בערכין הנ"ל · דכשהקדיש מטלטלין ואין לו לפרוע ממקום אחר החוב הוי כגבוי · דמסתמא מודה לו שחייב דמה איכפת ליה אם יגבה

מהקדש

מסקדש דהזקה אין אדם חוטא ולא לו · והכא נמי הוי כגבוי דמסתמא לא הי' מכחישו הגר בהחוב כיון שיש שטר או שיש עדים בהלואה והוא בתוך זמנו דבהכי איירי אף הרב המגיד עיין בדבריו שהעתקתי לעיל · וכיון דאין יכול להכחישו הגר מצד הדין מן הסתם לא היו מכחישו · נמצא כשמת הגר הוי כמודה שחייב לו ואף שהחזיקו כל נכסי הגר והיה הרבה נכסים ואינו מבורר נכסים בשעת מיתת הגר שממטלטלים הללו יגבה דיכול להיות שממטלטלים אחרים שהניח הגר יגבה · מ"מ הוא דומה כמו שמיחד המטלטלים שממטלטלים הללו יגבה דוקא כדאמרינן בכתובות (דף ק"ט ע"ב) במשנה מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו אדמון אומר ילך לו בקצרה וחכמים אומרים יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר ואמרינן בגמרא שפיר קאמר אדמון אמר רב יהודה אמר רב כגון שהקיפוה ארבע בני אדם מארבע רוחותיה ופירש"י על זה בד"ה שפיר קאמר דקס"ד כשארבעת השדות שבסביבותיו של אדם אחד הן דממה נפשך אורחי' גביה הוא עכ"ל · הכא נמי ממה נפשך ממטלטלים שבע"ה צריך לגבות מהם · לכן הוי כמו שפירשתי בדברי התוס' דערכין הנ"ל · כיון דאין לו מטלטלים אחרים שיגבה מהם חובו וגם מסתמא מודה שחייב הוי כגבוי וגובה מהמטלטלים מהמחזיק בנכסי הגר · אף אם נימא דהמחזיק בנכסי הגר הוי כלוקח כיון דהוי כגבוי ואף אם לא נימא שהחזיק אחד בכל נכסיו אלא שנים או שלשה וכדומה בכל נכסיו מ"מ בבת אחת בודאי לא החזיקו דהא אי אפשר לצמצם עיין בבכורות (דף י"ז וי"ח) ומסתמא החזיקו זה אחר זה לכן הוי כמו שנעשו המטלטלים אפותיקי דהוי כגבוי אף לפי שיטת הרמב"ן דטעמא דהרמב"ן דלא אמרינן דהוי כגבוי רק כשעשה אפותיקי משום דיכול הלוה לסלקו ממטלטלים אחרים או מקרקע אחרת לכן לא נוכל לומר דאלו המטלטלים וזה הקרקע הוא כגבוי · משא"כ הכא כשמת הגר נעשו כל נכסיו אפותיקי דאין מי שיסלקו לבע"ח בדמים או ממטלטלים אחרים אף שהנכסים המה שוים יותר מחובו · מ"מ הוי כמו אם עשה שדה שוה אלף זוז אפותיקי על חוב של מאה זוז דהוי אף לשיטת הרמב"ן כגבוי דסתמא דמילתא הוא דהאפותיקי שוה יותר מהחוב דכן דרכן של בני אדם · ואף כשבא אחד והחזיק במקצתם וסילק מאלו הנכסים את השיעבוד ונשארו על הנכסים הנותרים כדאיתא בתוספתא הנ"ל שגובה מן האחרון דמחזיק בנכסי הגר הוי כלוקח הא נשארו שאר הנכסים לאפותיקי ודומה כמו שעשה שדה גדולה אפותיקי ומכר מקצתה דהילך אפותיקי ממקצת שמכר ונשארה האפותיקי על השאר וכשבא השני והחזיק בהשאר הוי כמו אם קנה שדה של אפותיקי דהוי כגבוי · ואף אם החזיק האחרון יותר מכדי החוב מ"מ דומה לעשה שדה גדולה אפותיקי לחוב של מנה ומכרה כולה לאחד דהוי כגבוי וגם דומה לכך דכתובות הנ"ל כמובן לפי מה שכתבתי לעיל · ולפי זה אין ראיה מהרב המגיד שאינו סובר כדעת המשנה למלך דהמשנה למלך איירי דבשעה שהקדיש היה לו מטלטלים אחרים שיגבה המלוה את חובו · לכן אין המטלטלים שהקדיש עומדים שיגבה את חובו מהן לכן לא הוי כגבוי ואינו גובה מהם · וראיה לדברי מדברי הרב המגיד גופא דהנה הקצה"ח הקשה בריש סימן קי"א על מה שכתב הב"י בשם בעל התרומות בשער ס"ה דהמלוה על פה לא גבי ממקבל מתנה כדאיתא בהנזקין (דף נ' ע"ב) ניהו אם נתן נכסיו במתנת שכיב מרע חזר המקבל כיורש ואפילו אם המתנה מטלטלים גובה מהן וכן כתב אבן מיגא"ש בפרק מי שמת גבי הסוא דסבר רב אחא למימר הא דאוי ליורשי אלמנתו מזונות מנכסיו וכו' · אבל הראב"ד הולך בזה מדתניא אחריו לפלוני ואחריו לפלוני גובה מהאחרון ומפרשי לה בהנזקין משום שאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסין בני חורין · והסיא בברייתא בשכיב מרע ע"כ · ויש לומר דההוא במתנת שכיב מרע במקצת הוא והוא הדין לבריא וכי קתני בשכיב מרע אורחא דמילתא נקט עכ"ל בעל התרומות · וכתב הרמב"ן סברות אלו בפרק יש נוחלין עלה קל"ג וכתב על זה הקצה"ח · ולולי דבריהם נראה

לענ"ד דלא קשה דאפילו נימא דמתנת שכיב מרע הוי כירושה מ"מ גם בירושה היכא דמשכה לה קמא ובתרא אז גובה מקמא ואומר הנחתי לך מקום לגבות והביא ראיה לדבריו מהרב המגיד שהעתקתי לעיל מהתוספתא שהביאו הרב המגיד הנ"ל ואנכי קצרתי בזה כי אין מן הצורך לכפול ולהעתיק עוד הפעם דברי הרב המגיד והתוספתא רק אכתוב מה שמשיג ראייתו אחר שהביא את הרב המגיד והתוספתא וז"ל · הרי מבואר דמחזיק בנכסי הגר הוא כיורש וחכמים לא חלקו בזה בתקנתם בין יורש או מקבל מתנה ויורש נמי משכחא גבי מקמא לא גבי · וא"כ לפ"ז גבי מתנת שכיב מרע נהי דדינו כיורש לא גרע ממחזיק בנכסי הגר דמבתרא גבי מקמא לא גבי והתימא לפענ"ד על הגאונים שנתחבטו ונתלבטו בזה הלא הדבר מוכרח מהתוספתא דאפי' בדין יורש נמי לא גבי מקמא אלא מבתרא ואחרון נפסד ולפענ"ד ניחא דאינו מוכח מהתוספתא שלא כדברי הראשונים ז"ל לאחר שנדקדק בלשונו של הרב המגיד שכתב ויש לדקדק אם החזיקו שנים וכו' דהוי ליה לכתוב ויש להסתפק דכן כותבים אם איזה דין מסופק והוא כתב ויש לדקדק · לכן נ"ל דשורש הספק שמספקא ליה להרב המגיד אם נימא דמה שכתב בעל העיטור ז"ל והמחזיק בנכסי הגר הרי הוא כיורש והבא ליפרע צריך שבועה שהביא מקודם לזה דכונתו דדינו כיורש דוקא ולא כלקוחות ולכן אם החזיקו שנים זה אחר זה אינו יכול לומר הראשון להבע"ח הנחתי לך מקום לגבות ממנו כיון דדינו כיורש ויכול לגבות אף מקמא או דילמא דמה שכתב מקודם בשם בעל העיטור דדינו כיורש כוונתו דלא גרע מיורש וכש"כ הוא שצריך שבועה כדין יורש אבל באמת דינו כלקוחות וגובה מן האחרון · ולכן כתב הרב המגיד בלשון ויש לדקדק כיון שהדין תלוי בדקדוק הלשון של בעל העיטור · ומסיים הרב המגיד שמצא אחר כך בתוספתא דגובה מן האחרון · מזה מוכח שמה שכתב בעל העיטור דינו כיורש כוונתו דלא גרע מיורש דהדין שעוסק הבעל העיטור שצריך שבועה אין נ"מ אם דינו כלקוחות או כיורש · וכן כתב בביאורי הגר"א בסימן רע"ה בס"ק ל"א על מה שכתב בשולחן ערוך שם גר שמת ובזבזו ישראל את נכסיו אין גובין מהן אלא בשבועה וז"ל ואין וכו' כמו מנכסי יתומים שם ולי נראה שדין משועבדים להם שלכן גובין מן האחרון וכמו מתנה כמה שאמרו בגיטין נ"ב ת"ש כו' עכ"ל ועפר ואפר אני תחת רגליו שלפי קיצור דעתי יכול להיות שגם כונת בעל העיטור ורב המגיד ג"כ שהמחזיק דינו כלוקח כמו שכתבתי · ולפ"ז לא קשה כלל מדברי הרב המגיד מהתוספתא על בעל התרומות וסייעתו שהביא הב"י דהתם שאני דהמחזיק בנכסי הגר דינו כלוקח ודו"ק · ולפ"ז יש ראיה לדברינו דהקדש דמים הוי כמכר ואינו גובה מן המטלטלים שהקדיש מהרב המגיד הנ"ל · דהא לאחר שמצא מתוספתא חזר ממאי דכתב מקודם שהמחזיק בנכסי הגר אולי דינו כיורש אלא שדינו כלוקח כמו שכתבתי ומה שכתב מקודם בשם הרשב"א דאע"ג כשמת הגר נעשה כל נכסיו הפקר אין שיעבודא של זה נפקע דלא עדיף הפקר מהקדש והקדש דמים קי"ל בערכין דמוסיף עוד דינר ופודה וכו' · מזה הדין לא חזר הרב המגיד אחר שמצא התוספתא הנ"ל · ואם נימא כדברי הקצה"ח היה לו לחזור גם מדין זה אחר שמצא בתוספתא כיון שמתוספתא מוכח דהמחזיק בנכסי הגר דינו כלוקח, כדכתבתי אלא ודאי שכונת הרשב"א שהביא הרב המגיד שאף שהמחזיק בנכסי הגר דינו כלוקח מ"מ גובה מהן דהוי כגבוי. כמו שכתבתי לעיל ומביא ראיה לדבריו דלא עדיף הפקר מהקדש · והקדש דמים קי"ל בערכין דמוסף עוד דינר ופודה וכונתו כמו שכתבו התוס' שם בדיבור המתחיל משום (בדף כ"ג) ונראה דמתניתין מיירי בכל נכסי בין מקרקעי בין ממטלטלי וקאמר דלא יחול ההקדש ואין צריכין פדיון אלא משום דרבי אבהו עכ"ל · ולפ"ז אדרבה מוכח מדברי הרשב"א שהביא הרב המגיד שהקדש דמים דינו כמכר ומה שמשמע ממתניתין דערכין דגובה ממטלטלין

שהקדיש

שהקדיש משום דמיירי דאין לו נכסים אחרים בשעה שהקדיש שיפרע מהם חובו לכן הוי כגנוי כדכתבתי לעיל. אבל המשנה למלך מיירי דהיה לו נכסים אחרים בשעה שהקדיש לכן כתב דאינו גובה מהמטלטלים שהקדיש · וכי תימא דהא הוכחת התוס' דגובה ממטלטלים שהקדיש משום דמתניתין מיירי בכל ענין כדמשמע מלשונם שהבאתי לעיל עיין שם והאיך נוכל לומר דמתניתין מיירי דוקא דבשעה שהקדיש לא היה מטלטלים אחרים שיפרע מהם חובו · דיש לומר כדפירש רש"י שם במשנה בד"ה והיתה עליו כתובות אשה שקדמו גירושין להקדש: דליכא קנוניא לכן לא נוכל לומר דמיירי המשנה גם שיש לו נכסים אחרים שיוכל לפרוע מהם חובו דא"כ אמאי גובה מהנכסים שהקדיש כיון דהגיע זמנה לגבות ויש להם לפרוע מנכסים אחרים · וכי תימא שמכר הנכסים אחרים זאת לא נוכל לומר מתרי טעמא חדא דמתניתין מיירי בכל ענין · שנית מה הועלה הנכסים שמכר מהנכסים שהקדיש כיון דהקדש דמים חל על גוף הדבר כמו שכתבתי לעיל וגם אי"ה לקמן אביא ראיה נכונה לזה:

גם נראה לי דהוכחת התוס' בערכין הנ"ל · שכתבו דמתניתין מיירי אפילו במטלטלים שהקדיש גובה הבע"ח הוא משום דאיתא בב"ב (דף ס"ב ע"א) ואי אמר ליה נכסי אפילו בתו ועבדו פירוש דאם אמר נכסי מזבנני לך מכר לו אפילו בתים ועבדים וע"ש בסוגיא דזה הפירוש הוא כמו שאמרה הגמרא בהדיא דקאי אדלעיל מינה וכתבו התוס' על זה בד"ה ואי אמר ליה נכסי אפילו בתים ועבדים אבל מטלטלים לא ואע"ג דאמר במי שמת כל נכסי לפלוני גלימא איקרי נכסי וכו' ועוד יש לומר דהתם איירי במתנה דבעין יפה נותן והכא במכר וכתב הש"ך בסימן רי"ח ס"ק ה' דהעיקר לדינא כתירוץ עוד יש לומר והביא הרבה פוסקים שסוברים כן · לפי זה אם הקדיש כגון שאמר נכסי יהיו מוקדשים לבדק הבית ג"כ כל המטלטלין הקדש כמו גבי מתנה דבהקדש ג"כ קי"ל דמקדיש בעין יפה מקדיש כדאיתא בכמה דוכתי · ואחד מהם בב"ב ע"ב וכן פסק הרמב"ם בפרק רביעי מהלכות ערכין הלכה ט"ו · ולפי זה הקדש הוא בדין זה כמו מתנה ובמשנה בערכין ג"כ איתא בזה הלשון המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובות אשה ובע"ח מזה הלשון הוכיח התוס' דמתניתין מיירי אפילו במטלטלים דהא בלשון נכסיו ג"כ מטלטלים בכלל וממילא מוכח כדכתבתי דבשעה שהקדיש אין להבע"ח לפרוע ממקום אחר רק מנכסים שהקדיש דהא כל מה שיש לו הקדיש · והמטלטלים נכללים בלשון נכסיו שהקדיש וזה הוא כוונת הרב המגיד בשם הרשב"א דמערכין מוכח דגובה ממטלטלים שהקדיש כיון דבמשנה איתא שהקדיש בלשון נכסיו · ולפ"ז ממילא מוכח דאין לו לפרוע ממקום אחר רק ממטלטלים שהקדיש כדכתבתי ומשום הכי יליף הרשב"א היכא דזכו נכסים של גר דגובה הבע"ח מהם אפילו ממטלטלים · דכיון דאין להבע"ח לפרוע ממקום אחר כמובן לא עדיפא הפקר מהקדש דגם בהקדש אם אין לו לפרוע ממקום אחר גובה מהמטלטלים שהקדיש וכתבתי לעיל באריכות דטעמא של דבר משום דהוי כגנוי דאף שהקדיש דינו כמכר מ"מ גובה כיון דהוה כגנוי · לכן אף בהפקר גובה מהם לפי דעת הרב המגיד והרשב"א אף דהוי ג"כ דינו כמכר כדהוכחתי לעיל מדברי הרב המגיד גופיה כדי שלא יקשה על הראשונים קושיות קצה"ח בריש סימן ק"ח הנ"ל מהתוספתא שהביא הרב המגיד הנ"ל · וכל זה ביארתי לעיל באר היטב ומשם תדרשנו לטובה:

וראיתי להגאון דברי משפט בכתב בריש סימן ק"ה לתרץ קושיית קצה"ח על הראשונים מהך תוספתא שהביאו הרב המגיד הנ"ל למאי דקי"ל אם אמר נכסי לך ואחריך לפלוני אם ראשון ראוי ליורשו אין לשני כלום דירושה אין לו הפסק ואם כן אם אמר השכיב מרע דלא יתן לו המתנה תיכף רק אחר זמן דקנה המקבל כדאיתא בכמה דוכתי בש"ס ואחד מהם בגיטין (דף כ' ע"א) אבל אם אמר לנסוב והבו ליה אי נסיב שקיל ואי לא נסיב לא שקיל וזה אחד מן הסוגיות שהקשו הראשונים הנ"ל ותירוץ תירוצם דהא אם אמר שכיב מרע דלא יתן לו המתנה תיכף רק אחר זמן מכל מקום תיכף כשמת זכה רק דצוה ליתן לו אחר זמן. משום הכי לא זכה היורש כלל בהמתנה שנתן לאחר זמן · לכן לא שייך לומר בזה ירושה אין לה הפסק כי לא זכו במתנה היורשים כלל כך העלו הראשונים על פי סברות שונים עיין בשיטה מקובצת (בדף קכ"ט) לב"ב בד"ה שאין זה לשון מתנה וכו' · ולאחר שהביא והאריך בסברות הראשונים הנ"ל כתב דלפי זה מיושב קושיית הקצה"ח הנ"ל · דדוקא בגר דמת ובזבזו ישראל נכסיו אף דזוכה בנכסי הגר ואינו רק יורש מ"מ כשבא אחר כך בעל חוב לגבות מנכסי גר גובה מאחרון ולא מראשון דראשון אומר הנחתי לך מקום לגבות דהא כשזכיתי בנכסים עדיין היה מה דזכה אחרון הפקר ואם קודם דזכה אחרון בא בע"ח לגבות ודאי לא היה גובה מראשון דהיה אומר הנחתי לך מקום לגבות מבני חורין · ומשום הכי אף דבא לגבות אחר דזכה אחרון אין בע"ח גובה מראשון כיון דשיעבודא דבע"ח היה חל על מה דזכה אחרון ומשום הכי גובה מאחרון אבל אם שכיב מרע אמר דנותן מאתים לפלוני ואחריו מאתים לפלוני לא היה הכונה מה דאמר ואחריו רק אם לא יהא ליתן לבניהם לא יתן לאחרון רק לראשון אבל אם יש בנכסים ליתן לבניהן אם בא בעל חוב לגבות יכול לגבות אף מראשון ואינו יכול לומר הנחתי לך מקום לגבות דכשזכיתי בנכסים היה עדיין מתנה דנתן לאחרון בני חורין · זה אינו דהא מתנת שכיב מרע אינו קונה רק אחר מיתה וכשמת הנותן זכו שניהן כאחת דאם לא כן אמאי זכה האחרון הא תיכף כשמת זכו היורשין וירושה אין לה הפסק זה תורף דבריו עיין שם שהאריך ולפי דבריו אין ראיה מהרב המגיד דהפקר הוי כמכר · כדהוכחתי זאת כדי שלא יקשה קושיות הקצה"ח על הראשונים ממה שכתבתי · אך נראה לי לפענ"ד דהתירוץ של הדברי משפט אינו מובן לי דהא איתא בב"ב (דף קמ"ח ע"ב) אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים רואין אם במהלך מת קנו כולן עמד חוזר בכולן אם בנמלך מת קנו כולן עמד אינו חוזר אלא באחרון ודילמא עיוני קא מעיין והדר יהיב בתמיה דשכיב מרע מידק דייק והדר יהיב · ולפ"ז לא נוכל לומר כדברי רבינו דברי המשפט הנ"ל דמה שאמר אחריך לפלוני כונתו אם לא יהיה ליתן לבניהן לא יתן לאחרון רק לראשון דלפי דבריו קושיות הגמרא במקומה עומדת אמאי בנמלך כשעמד אינו חוזר אלא באחרון דילמא דעתו היה לחלק כל נכסיו ומאי דנמלך ושתיק וחושב בלבו בין מתנה למתנה לא הוי כנמלך אלא עיוני קא מעיין וקא מעיין אם יש לו נכסים שיוכל ליתן גם לשני או לשלישי וכן כולם דדילמא אין לו נכסים ליתן לכולם רק למקצתן · אלא ודאי למאי דמתרץ הגמרא בתמיה דשכיב מרע מידק דייק והדר יהיב גם בזה מידק דייק אם יהיה דעתו לחלק את נכסיו דרך משל לשלשה אנשים או לארבעה וכן לחמשה או כדומה לזה מן הסתם ידוע לו מקודם ודייק שיהיה לו נכסים עבור כולם כפי המתנות שרוצה ליתן להם · ואמאי נמלך ושתיק בין המתנה למתנה בודאי לא היה דעתו מתחילה לחלק כל נכסיו לכן אם עמד אינו חוזר אלא באחרון וקושיות הראשונים הנ"ל ממה שנותן שכיב מרע לאחר זמן ומבואר בכמה סוגיות בש"ס דאמאי זכה הא זכו היורשין וירושה אין לה הפסק נ"ל לתרץ באופן אחר · דהא מתנות שכיב מרע כולה לא הצריכו חכמים קנין רק תקנו שיהיה דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורין כדי שלא תטרוף דעתו עליו · ה"נ בנותן מתנה לאחר זמן תקנו ג"כ שיזכה המקבל מתנה מעכשיו רק דלא יתנו לו רק לאחר זמן · דאל"כ דלא יקנה המקבל

מתנה שמא יטרוף דעתו עליו · וכן בנותן נכסי לך ואחריך לפלוני ג"כ קנה אחריך דלגבי היורשים קנה מיד אחריך ולגבי הראשון שאמר נכסי לך לא קנה רק לאחר שייר הראשון ואל תתמה על זה דהאי גוונא מצינו בכתובות (דף נ"ה) במשנה מי שהיה נשוי ב' נשים ומכר את שדהו וכתבה ראשונה ללוקח דין ודברים אין לי עמך השניה מוציאה מהלוקח והראשונה מן השניה והלוקח מן הראשונה וחוזרת חלילה עד שיעשו פשרה ביניהם וכן בעל חוב וכן אשה בעלת חוב · הרי חזינן דיכול לסלק את זכותו לחצאין דלגבי איש זה סילק את זכותו מה שהיה לו בשדה זה ולגבי השני לא סילק את זכותו מהשדה הזה שסילק את זכותו דלגבי הראשון ה"נ השכיב מרע נתן את נכסיו לאחריך תיכף כשמת יהיה שלו לגבי היורשים שלא יהיה להם שום זכות בהנכסים תיכף כשמת רק נתן הזכות שהיה להם לאחריך ולגבי איש שאמר לו נכסי לך ואחריך לפלוני לא נתן שום זכות לאחריך רק מה שישאר לאחר שמת הראשון אז זכה בה אבל לא קודם תיכף כשימות · ויכול להיות שגם כוונת אחד מן הראשונים שמבואר בשיטה מקובצת הנ"ל ומנימוקי יוסף (דף קכ"ט) כוונתו כדברי אך שמה קצרו בדבריהם כדרכם וכתבו רק ברמז בעלמא :

יהיה האיך שיהיה שמתורץ קושיות הראשונים הנ"ל מה שהקשו הראשונים המה בעצמם · אבל מה שהקשה הקצה"ח על הראשונים בריש סימן ק"ח הנ"ל · לפי הנראה אין אנו יכולים לתרץ קושייתו רק באופן שכתבתי לעיל כי התירוץ של דברי רבינו בעל המשפט כבר בארתי שאינו מובן לי ולפי הדרך שישבתי את הקושיית קצה"ח הנ"ל הוכחתי לעיל ומשם תדרשנו לכאן שקדושת דמים והמחזיק בנכסי הגר לאחר מותו הוי כמכר · ולפי זה מוכח שהדין עם המשנה למלך שאינו יכול לגבות מן המטלטלים שהקדיש קדושת דמים שדברי רבינו קצה"ח אינו מובן לי מה שכתב להיפך מדברי המשנה למלך וביארתי זאת לעיל באריכות .

וכעת אביא ראיה אחרת שמה שהביא הקצה"ח ראיה מדברי הרב המגיד בשם הרשב"א שקדושת דמים אינה דינה כמכר וגובה הבע"ח ממטלטלים שהקדיש לפי קוצר דעתי כי אנכי יודע בעצמי שאנכי לא הגעתי אפילו כאחד מתלמידי תלמידיו הקטנים · מ"מ אכתוב ראיה שיהיה כנגד דבריו הקדושים כי אני כותב זאת רק להתלמד ורבותינו יכריעו בדבר כי נראה לי שמדברי רשב"א מוכח להיפך שהרשב"א כתב בתשובותיו בסימן תרי"ח המלוה גובה מן ההקדש דהתם הקדש לעניים ואפילו בהקדש בדק הבית גובה · וכן שנינו בערכין בפרק שום היתומים וכו' ואילו היה הנכסים מטלטלים אם יש בשטר חוב מטלטלי אגב מקרקעי גובה מהם וכדאמרינן עשה שורו אפותיקי ומכרו אין הבע"ח גובה מהן וכו' עכ"ל הרי בהדיא כתב הרשב"א דאינו גובה מהמטלטלי שהקדיש רק אם יש בו שטר חוב מטלטלי אגב מקרקעי · ולפי הראיה שהביא הקצה"ח שהוכיח מדברי הרב המגיד בשם הרשב"א גובה מהמטלטלים שהקדיש אף בלא שיעבד מטלטלי אגב מקרקעי · ולפי דבריו הקדושים יהיה דברי הרשב"א סותרין אהדדי · אבל לפי מה שכתבתי ניחא דהא דכתב הרשב"א בחידושיו לב"ק שהביא הרב המגיד הנ"ל שם מיירי דבשעה שהקדיש לא היו לו לפרוע ממקום אחר רק ממטלטלים שהקדיש וגם מגיע זמנו לגבות בשעה שהקדיש וכן המשנה דערכין הנ"ל שהביא הרשב"א ראיה לדבריו הוכחתי לעיל דמיירי בכי האי גוונא וביארתי לעיל באריכות שהטעם דמשום הכי גובה דהוי כגבוי · לכן כתב הרשב"א בחידושיו לב"ק שהביא הרב המגיד הנ"ל דגובה אף ממטלטלים שהקדיש כיון דהוי כגבוי אבל הרשב"א בתשובה מיירי דבשעה שהקדיש היה לו לפרוע ממקום אחר · משום הכי כתב דאינו גובה ממטלטלים שהקדיש רק אם שיעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי · וכי תימא אם הרשב"א בתשובה מיירי דבשעה שהקדיש היו לו ממקום אחר לפרוע את החוב האיך הביא ראיה מהמשנה דערכין הנ"ל דגובה מהם הא המשנה מיירי כשלא היה לו ממקום אחר לפרוע החוב רק ממה שהקדיש כפי מה שכתבתי · די"ל לומר דרשב"א בתשובה מיירי שהמלוה היה בשטר כדמשמע מדכתב אם יש בשטר חוב מטלטלי אגב מקרקעי כו' ואם נימא דעד השתא רשב"א מיירי דהחוב הוה בעל פה הוה ליה לכתוב אם יש שטר חוב וגם מטלטלי אגב מקרקעי ומדכתב אם יש בשטר בכי"ה משמע מזה דגם עד השתא מיירי שהיה החוב בשטר רק בדין אם גובה ממטלטלים · הולכך עוד הרשב"א שיהיה בשטר חוב שיעבד מטלטלי אגב מקרקעי · וכיון שכן מדמה הרשב"א מלוה בשטר שגובה מנכסי הקדש אף שהיה לו ממקום אחר לגבות בשעה שהקדיש למלוה על פה שגובה מהקדש דמים כשלא היה לו לפרוע ממקום אחר בשעה שהקדיש דלא עדיף הקדש ממכר שגם מלקוחות גובה בשטר ויליף לה הרשב"א שלא עדיף הקדש ממכר מהמשנה דערכין הנ"ל · אף דשם איירי שלא הוה לו ממקום אחר לפרוע רק מהקדש והוי כגבוי לפי מה שכתבתי לעיל מ"מ מוכח דהקדש חל אף דהוי כגבוי כדמוכח ממאי דאיתא במשנה המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובות אשה ובעל חוב אין האשה יכולה להגבות כתובתה מן ההקדש ולא בע"ח את חובו אלא הפודה פודה על מנת ליתן לאשה בכתובתה ולבעל חובו את חובו · ואם נימא דלא חל ההקדש כלל אמאי אין האשה יכולה להגבות את כתובתה וכן הבעל חוב דהא לא חל ההקדש כלל · וכן מוכח גם ממה שמפרש בגמרא שם הטעם בשם רבי אבוהו שלא אמרו הקדש יוצא בלא פדיון הא במקום דלא חל ההקדש ליכא גזירה דרבי אבוהו כדאיתא בכמה דוכתי בש"ס ומחמת כי רבים המה אי אפשר לפורטם ובפרט שהדבר הזה ידוע לכל תופסי התורה · אלא ודאי דחל ההקדש ואם נימא דהוי כגבוי ממש אמאי חל דהקדש אינו חל על הדבר שאינו שלו כידוע · אלא ודאי אם אין לו ממקום אחר לפרוע את החוב משעה שהקדיש רק מנכסים שהקדיש דמתניתין מיירי בכי האי גוונא כדהוכחתי לעיל אין דינם כגבוי ממש רק דינם כאפותיקי מפורש שיכול למכור לפי שעה עד שיבוא הבע"ח לגבות מאתם · כמבואר בחושן משפט סימן קי"ז בסעיף א' במחבר ורמ"א שם דלענין זה מיקרי כגבוי · דהמטלטלים שהקדיש יש לו דין אפותיקי מפורש וכיון דחל ההקדש שעה אחת אינה יכולה האשה לגבות כתובתה וכן הבעל חוב מן ההקדש אלא הפודה יפדה על מנת ליתן לאשה בכתובתה דשייך בזה גזירה דרבי אבוהו הנ"ל כיון דחל ההקדש לפי שעה מה שאם כן בשאר דוכתי המבוארים בש"ס דליכא דאינו חל ההקדש אינן צריכין פדיון כלל כיון דהתם ליכא גזירה דרבי אבוהו · לכן מדמה הרשב"א דאף דהתם במשנה איכא טעמא דגובה מן ההקדש משום דהוי כאפותיקי מפורש ומשום דהתם מיירי דגובה אף ממטלטלים שהקדיש משו"ה מצרכינן טעמא דהוי כאפותיקי · מ"מ מוכח אף דאין להאשה ולבעל חוב אלא שיעבוד בעלמא על מה שהקדיש דהא יכול לסלקו הלוה בדמים כדין אפותיקי מפורש · כמבואר בסימן קי"ז · מ"מ גובין מן ההקדש ה"נ המלוה בשטר אף דאין לו רק שיעבוד בעלמא על השדה שהקדיש וכן אם שיעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי והקדיש אחר כך המטלטלים גובה המלוה בשטר מהם :

וגם נ"ל להביא ראיה לדברי המשנה למלך מהא דכתבו התוס' בב"ק (דף ע"ו) דבור המתחיל והשתא וכו' והא דאמר לקמן גנבו והקדיש חייב ד' וה' דהוי כמכרו להדיוט היינו בקדשי בדק הבית כו' וכן כתבו התוס' עוד שם בדף (ע"ט ע"א) ד"ה גנב וכו' וכן מבואר בשיטה מקובצת שם הרי מוכח דקדשי בדק הבית דינם כמכר כדעת המשנה למלך והלא ההקדש על גוף הדבר כמו שכתבתי לעיל :

ועוד נ"ל להביא ראיה לבעל המשנה למלך מהא דכתב הרא"ש וסייעתו בחזקת הבתים בסימן ס"ה אמר רב יהודה אמר שמואל נכסי עכו"ם וכו' פירוש רשב"ם איכא דאמר דמהדר זוזי ללוקח ולא נסירא לי וכו' עיי"ש דהרשב"ם והרא"ש סבירא להו דאינו גובה מן ההפקר וחולקין על בעל העיטור

הטיטור והשב"א בשביל הרב המגיד הנ"ל · וגם כתב הבעל מחנה אפרים בהלכות זכייה מהפקר סימן ה' דהחולקין על שיטת הרא"ש והרשב"ם הנ"ל היינו מטעם אחריני אבל בזה לא פליגי וכו"ע סבירא להו דאינו גובה מהפקר רק אם בא לידו מתחילה בתורת משכנתא כסברת הרא"ש הנ"ל · והטעם מבואר להדיא בב"י בסימן קל"ד סעיף ג' עיי"ש וכיון דמהפקר אינו גובה מלוה על פה אף ממקרקעי כדהוכחתי כ"ש שאינו גובה מלוה על פה מהקדש קרקע דהא מפורש כתב הרב המגיד בשם הרשב"א דהקדש עדיפא טפי יותר מהפקר עיין בלשון רב המגיד שהעתקתי לעיל וכיון דאינו גובה מלוה על פה מקרקע שהפקיר דהוי כמו נכסים משועבדים דאינו גובה מלוה על פה מהם מכש"כ דאינו גובה מלוה על פה כשהקדיש קדושת דמים אפילו קרקע וק"ו בן בנו של ק"ו דאינו גובה מלוה על פה ממטלטלים שהקדיש קדושת דמים כדעת המשנה למלך דבמטלטלים לא עדיפא כוחו של מלוה בשטר ממלוה על פה רק היכא שמפורש בשטר שהיעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי אז בשטר גובה מהן אף שמכרן הלוה ובמלוה על פה לא גבי מהן · ובשאר דינים דיניהם שוין כידוע והתוספתא דסוף פרק מי שהיה נשוי שהביא הרב המגיד הנ"ל שם מיירי דבע"ח היה לו שטר על הלואתו וגם מוכח מהתוספתא דמיירי דבעל חוב היה לו שטר · דמקודם לזה איתא שם בתוספתא לוה מאחד ומיירי שלוה בשטר דאם לא כן לא היה טורף מלקוחות עיין שם וגם דעת בעל המאור והרמב"ן שאינו גובה מלוה על פה מהקדש דמים כדכתב המעשה בהדיא הקצה"ח סימן קי"ז ס"ק ג' וגם הש"ך בסימן רנ"ה מוכח מתוך דברי הקצות החושן שם דגם כן סבירא ליה כדעתם ולפי זה מוכח דהקדש דין משועבדים יש לו כיון דמלוה על פה אינו גובה מהם מוכח דקדושת דמים חל על הגוף הדבר והוי כמכר ואינו גובה מהמטלטלים שמכר כדעת המשנה למלך · דאם נימא דקדושת דמים אינו חל על גוף הדבר אמאי אין מלוה על פה גובה מהקדש דמים כיון דאין להקדש רק שיעבוד דמים על החפץ שהקדיש כפי שוויה ואדרבה עדיפא כח שיעבודו של מלוה על פה משיעבוד הקדש דהשיעבוד של מלוה על פה היא קודמת להשיעבוד של הקדש לכן לפי עניית דעתי דעיקר כדעת המשנה למלך דאינו גובה ממטלטלים שמכר אך מפני שרבינו בעל קצה"ח לא סבירא ליה כן לכן רבותי יראו ראיות שהבאתי והמה יכריעו:

פרח יא אות ג

ולפי מה שהוכחתי לעיל דמלוה על פה אינו גובה מקודשת דמים דהוי כמכר משום דקדושה דמים חל על גוף הדבר יש לנו לחקור אם הקדיש איזה חפץ לצדקה שימכר ויחלקו את דמי המקח של החפץ הזה לעניים · אם נימא דגם צדקה לעניים חל על גוף הדבר שהקדיש לצדקה · ודינו כמכר ואינו גובה מלוה על פה מהם כמו שאינו גובה מהקדש דמים או דילמא דצדקה לעניים אינו חמור כל כך כמו קדושת דמים דיהיה חל על גוף הדבר שהקדיש לצדקה ואין לצדקה רק שיעבוד דמים בעלמא על גוף הדבר כפי שוויה של החפץ שהקדיש לצדקה ולכן מלוה על פה גובה ממנו דאדרבה שיעבודא דמלוה על פה עדיפא טפי משיעבודי דצדקה דשיעבודא של מלוה על פה היא מוקדמת · ונראה לי דדין זה תלוי אי אמרינן דבצדקה לעניים אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט כמו דאמרינן גבי קדושת דמים לפי זה חלה הקדש הצדקה על גוף הדבר שהקדיש לצדקה דכיון דהוי כמסירתו להדיוט · דלא נוכל לומר דאף דבע"ח שיש לו משכון תחת ידו מ"מ אי לא דגלי לן קרא ולך תהיה צדקה לא היה קונה המלוה בגוף המשכון כדאיתא בכמה דוכתי בש"ס בשם ר' יצחק לכן נוכל לומר דדוקא במשכון מהדיוט שייך בזה דין צדקה אמרינן דמלוה קונה בגוף המשכן · משא"כ במשכן לגבוה כגון בנידון דידן דנוכל לומר דאף דגבי צדקה לעניים אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכל היכא דאיתא גבי גזא דרחמנא איתא · מ"מ לא עדיפא יותר ממשכון שתחת יד המלוה ודוקא משום דשייך בהדיוט צדקה גלי לן קרא דקונה בגוף המשכון משא"כ בגבוה אינו נקנה להקדש גוף הדבר ומצינו כעין סברא זו בפסחים (דף ל"א ע"ב) כי נראה לי דהא מוכח בקדושין (דף כ"ח) דאיתא התם כיצד אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט האומר שור זה עולה בית זה הקדש אפילו בסוף העולם קנה דמשמע מזה דאמירתו לגבוה קונה גוף הדבר שהקדיש כהדיוט השופה קנין בהאיזה דבר שיהיה שלו וכן משמע בערכין (דף ס"ג) וכן בתמורה (דף כ"ט) ועדיפא מזה פירש הר"ן בנדרים (דף כ"ט ע"ב) ד"ה הכא שאני וכו' ויש לומר דכי אמרינן כמסירתו להדיוט וקנין ממש של הדיוט קאמר כמאן דאמר מעכשיו ולאחר שלשים יום דמי וכו' עכ"ל אפילו להחולקין עליו ומפרשים פירוש אחר הסוגיא דשם מ"מ הכל סוברין דאמירתו לגבוה כהדיוט השופה קנין דמי רק פליגי עליו בזה דלא דמי כאמר עכשיו עיין שם · וגם נראה לי שאי אפשר בפירוש אחר דהא בין בקדושת הגוף ובין בקדושת דמים חלה הקדושה על גוף הדבר שהקדיש ויוצאת מרשות בעלים ולא נשאר לבעלים שום זכות ונכנסת הדבר להקדש לגמרי כאילו היתה קנויה במעות של הקדש · זה מוכח ומבואר בהדיא בכמה דוכתי בש"ס ובראשונים ואין מן הצורך לפורטן כי ידוע זאת לתופשי התורה · ובמה היא נקנית לגבוה רק באמירתו הרי מוכח דאמירתו לגבוה הוי כקנין דהדיוט וזאת נכלל במה שאמרו בש"ס כמסירתו להדיוט דפירושו דכיון שבא לרשות הדיוט שיהי' שלו בודאי כאילו עשה קנין המועיל · הרי מוכח מזה דהיכא דאמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט קנוי להקדש לגמרי כאילו קנה ממעות הקדש והכא נמי אי אמרינן גבי צדקה נמי אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט נקנית גוף הדבר לגמרי לצדקה כאילו קנה איזה דבר ממעות צדקה · ולפי זה אינו גובה מלוה על פה מהחפץ שנדר לצדקה או דילמא דלא אמרינן גבי צדקה אמירתו לצדקה כמסירתו להדיוט · ולפ"ז נוכל לומר דאם אמר חפץ זה יהי' לצדקה אינו נקנית גוף הדבר לצדקה רק שיש לצדקה שיעבד על החפץ שנדר אותו לצדקה כפי שויה של החפץ : ולפי זה מלוה על פה גובה מהחפץ שנדר לצדקה · דהיא קודמת דהשיעבוד של צדקה נעשה אחר שיעבודא :

ונראה לפי עניית דעתי דאמרינן גבי צדקה נמי אמירתו לצדקה כמסירתו להדיוט דמי · דהא רבינו בעל מחנה אפרים כתב בהלכות צדקה בסוף סימן ה' בשם הטור בסימן רנ"ח ובשם הרא"ש בתשובה בכלל כ"ט והריטב"א והרא"ה ז"ל דגם גבי צדקה אמרינן אמירתו לצדקה כמסירתו להדיוט עיין שם · גם הביא עוד פוסקים אחרים שכן הוא דעת הר"ן בפירושיו לנדרים (דף ל') עיי"ש שכן מבואר בהדיא · וכן מבואר בהדיא בהגהות אשרי בפרק יש נוחלין הביאו הב"י בסוף סימן רנ"ח וכן הוא דעת הגהת מיימוני הביאו הקצה"ח (בסימן רי"ב ס"ק ד') · ולפי שיטתם אין מלוה על פה גובה מהחפץ שנדר לצדקה כיון דאמרינן גבי צדקה דדמו כמסירה להדיוט ונקנית גוף החפץ לצדקה באמירתו והוי כמו שקנה אותו במעות צדקה כמו שכתבתי לעיל :

ואף אם נמצא איזה פוסקים שחולקין וסוברים דלא אמרינן אמירתו לצדקה כמסירתו להדיוט דמי מ"מ נראה לפענ"ד שהעיקר כדעת האומרים שאמרינן גבי צדקה אמירתו וכו' אף שאנכי איני כדאי להכריע מ"מ אכתוב מה שנראה לפענ"ד ורבותינו יכריעו בדבר כי נראה לפענ"ד · לפי מאי דאיתא בנדרים (דף ז' ע"א) יש יד לצדקה או אין יד לצדקה היכי דמי אילימא דאמר הדין זוזי לצדקה והדין נמי הבוא לצדקה עצמה היא · וכן פסק ביו"ד (סימן רנ"ח סעיף כ') · הרי מוכח מתוך זה דצדקה חל על גוף הדבר שנדר · דאם לא כן לא יכול להתפיס והראיה דנדרים מוגה ברעיוני שראיתי זה הראיה באיזה ספר אחד כמדומה לי שראיתי במחנה אפרים

והספרי

והפשתי בחפזי ולא מנאתיו · ואנכי אבאר הראיה דנדרים לפי קוצר דעתי · דבשבועות (דף כ') איתא פלוגתא דאביי ורבה דמתפיס בשבועה כמולא שבועה מפיו דמי · ורבא ס"ל דמתפיס בשבועה לאו כמולא שבועה מפיו דמו ואביי ורבא הלכה כרבא וכן פסק ביו"ד (סימן רל"ט סעיף ט') וטעמא דרבא נ"ל לפי מאי דאיתא בנדרים (דף י"ד ע"א) מנה"מ אים כי ידור נדר לה' עד שידור בדבר הנדור וכתב הר"ן שם בד"ה הילכך דהיינו טעמא משום דנדר חל על החפץ שאסר את החפץ עליו בנדר ולפיכך כשהוא מתפיס הכן בחפץ להוי הוא שיחול · אבל שבועה הוא אוסר עלמו מן החפץ אבל גוף החפץ אין עליו נדר וקדושה כלל · הילכך אי אמר זה כזה לא אמר כלום וכו' עכ"ל · ולפי מאי דפסקינן דמתפיס בלדקה הרי זה כהולית מפיו שנדר זה ללדקה · הרי מוכח מתוך זה דנדר הלדקה הוא חל על גוף הסלע שנדר · לפי זה גם בלדקה אמרינן אמירתו כמסירתו להדיוט דמי כיון שחל על גוף הדבר שנדר דכל היכא דאיתא בכי גזא דעניים איתא · גם נראה לי דאפילו לדעת האומרים דלא אמרינן אמירתו ללדקה כמסירתו להדיוט היינו דוקא היכא דמתחילה נדר שיתן איזה סלע ללדקה ולא יחד איזה סלע · לכן אף שאחר כך יחד איזה סלע אינו חל הנדר הלדקה על גוף הסלע · כיון דמתחילה בשעת אמירת הנדר לא חלה על גוף הסלע דהא לא יחד הסלע · א"כ האיך תחול אחר כך על גוף הסלע · ונ"ל להביא ראיה לזה מתוספתא דהביא הגמרא (דף פ"ט ע"א) בנדרי כן תניא כו' אמר רבי ישמעאל הרי הוא אומר ונדר אלמנה וגרושה וכו' עד שיהא נדר בשעת אלמנות וגירושין · רבי עקיבא סבר הרי הוא אומר כל אסר אסרה על נפשה עד שיהא איסורי נדר בשעה אלמנות וגירושין וכתב הר"ן על זה ולענין הלכה קיי"ל כרבי עקיבא הילכך אפילו אומרת הריני נזירה לכשאנשא או לכשאתגרש בתר שעת אמירת הנדר אזלינן בין לקולא בין לחומרא וכן פסק בשו"ע רל"ד סעיף ל"ד ול"ה · הרי חזינן דאזלינן בתר שעת אמירת הנדר ולא בתר חלות הנדר · דחלות הנדר אינה מגרעת ואינה מחזיק אלא גריר אחר אמירת הנדר · ה"נ בנידון דידן כיון דבשעת אמירת הנדר לא ייחד את הסלע אף כשאחר כך כשהפריש את הסלע נגמר הלות הנדר אינה חל הנדר על גוף הסלע כיון דבשעת אמירת הנדר – ובהתחלת חלות הנדר לא חלה על גוף הדבר לא חלה ג"כ בעת שנגמר חלות הנדר על גוף הדבר · והכי נמי משמע ליסנא דגמרא בנדרים (דף ז') הכ"ל היכי דמי אילימא דאמר הדין זוזי ללדקה והדין נמי השיא לדקה עלמה הוא דמשמע דדוקא אם אמר הדין זוזי ללדקה שיחד את הסלע בשעה שנדר לכן אם מתפיס בהסלע הזה הוה כמו לדקה עלמה · אבל אם בשעה שנדר לא יחד את הסלע אינה מועלת את התפיסה כן נראה לפי קט שכלי להכריע בין הדעות :

גם נ"ל להביא עוד ראיה דאמרינן גבי לדקה אמירתו כמסירתו להדיוט דמי ממה דכתב הרמב"ם וכן פסקו כמותו בטור ובשו"ע ח"מ (בסימן רע"ג סעיף ב') ההפקר הרי הוא כנדר ואסור לחזור בו וכן הסכימו כל האחרונים · ומדשתקו ולא כתבו כלום על זה ש"מ שתיקה כהודאה דמיא · וקלת האחרונים פירשו דברי הרמב"ם · והנה הקלה"ח בריש הלכות הפקר ונכסי הגר הביא בשם הרב המגיד שהרמב"ם הוליא דין זה שהפקר הוא כנדר מסוף פרק אין בין המודר וכן רמזו עליו במגדול עוז ובהגהות מיימוני והקלה"ח כתב בסוף לא ידע משם ראיה לזה · ואחר כך כתב הקלה"ח שנראה מדברי הב"י אורח חיים סימן תל"ד דהא דהפקר מתורת נדר מקומו הוא בפ"ק דנדרים · והיינו מדאמרינן פ"ק דנדרים שם (דף ז') יש יד להפקר או דילמא אין יד להפקר מי אמרינן היינו לדקה וכו' ומדאמרינן הפקר היינו לדקה אלמא דהוא מתורת נדר · והקשה על זה דכיון דאיבעיא להו בב"ם יש יד להפקר ועלתה בתיקו וע"ש בר"ן דכתב ספיקא לקולא א"כ מוכח דאינו מתורת נדר ולדקה דאי בתורת נדר ולדקה ודאי יש יד לנדר ולדקה · והיכי כתבו כולם בפשיטות דהפקר מתורת נדר דהוא גופא מספקא בב"ם אם הוא מתורת לדקה או לא ונשאר בקושיא · ונ"ל לפענ"ד לתרץ קושייתו ויהיה ג"כ הוכחה ממקום אחר בב"ם דהפקר מתורת נדר לבד מהא דמוכח מנדרים הנ"ל · דבב"ק (דף ס"ט) פריך הגמרא על הא דאמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהן אינן יכולין להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאין ברשותו ומי אמר ר' יוחנן הכי והאמר רבי יוחנן הלכה כסתם משנה ותנן וכו' והלנועין מניחין את המעות ואומרין כל הנלקט מזה מחולל על המעות הללו וכי תימא מאן תנא לנועין רשב"ג והא אמר רבה בר בר חנה אמר ר' יוחנן כל מקום ששנה רשב"ג במשנתינו הלכה כמותו חוץ מערב וכו' · אמרי לא תימא כל הנלקט מזה אלא אימא כל המתלקט מזה ומי אמר רבי יוחנן הכי והאמר ר' יוחנן לנועין ורבי דוסא אמרו דבר אחד ורבי דוסא נלקט קאמר דתניא רבי יהודה אומר שחרית בעל הבית עומד ואומר כל שילקטו עניים היום יהא הפקר רבי דוסא אומר לעתותי ערב אומר כל שלקטו עניים יהא הפקר איפוך דר' יהודה לר' דוסא · ורבי דוסא לר' יהודה וכו' הרי נראה בעליל דהגמרא מדמה הפקר להקדש דלר' יוחנן כמו שאינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו כך אינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו · ולריכין להבין טעם הדבר דהא בהקדש אי לאו דגלי לן קרא ואיש כי יקדיש את ביתו קודש לה' דיליף מזה הגמרא בע"ב מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו הוה אמינא דיכול להקדיש אף שאינו ברשותו ובהפקר לא גלי לן קרא ומנלן דאינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו · וכן בגונב אחר הגנב דאינו משלם תשלומי כפל דאיתא במשנה בריש פרק מרובה כתב רש"י הטעם משום דכתיב וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב ועיין בתוספות שם (בדף ע') ד"ה לא וכו' ולקמן אבאר אי"ה בהטעם הוא משום דגבי גנב לריכין קנין והקנין אינו נתפס אם אינו ברשותו דמשמע מכל זה אי לאו דגלי לן קרא הוה אמינא דאין שום נפקא מינה אם אין הדבר ברשותו · וכיון דבהפקר אין שום מיעוט דאינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו מנלן דאינו יכול להפקיר · לכן נ"ל דיליף לה מהקדש ולא הוה הקדש וגנב שני כתובין הבאין כאחד דאין מלמדין דהא קרא וגונב מבית האיש מלריכינן ג"כ לדברים אחרים עי' שם (בדף ע"ו ע"א) וכן גונב הקדש מבית בעלים פטור מאי טעמא וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש · אך זה הוא ללישנא קמא דנהרדעי דסבירי להו דלא כתבינן אורכתא אמטלטלי משום דרבי יוחנן דאמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים וכו' וזה לפי שאינו ברשותו אך לאיכא דאמרי דנהרדעי שם כתב הרשב"א בחידושיו לשבועות והביאו הקלה"ח בסימן קכ"ג ס"ק א' וזה לשונו עוד אפשר להעמידה בגזילה קיימת ואיכא עדים דרא הגזילה דגזילה הוזר בעיניה וללישנא קמא לא כתבינן דלא מלי מקדיש וכל היכא דלא מלי מקדים לא כתבינן אורכתא וכדכתבינן לעיל · וללישנא בתרא כתבינן דכל דלא מלי כפרי' והוא בעיניה ולא מלי כפר כגון דאיכא עדים אי בעי מקנה ליה אגב מקרקעי דברשות זה קיימי דהא הדרא בעיניה אלא דלא מלי מקדישו גזירת הכתוב הוא לדעת ר' יוחנן וכדדייק קרא את ביתו קודש מה ביתו ברשותו ממש אף כל ברשותו ומ"מ מלי לאקנויי ותדע לך דהא למ"ד מלוה לאו להולאה ניתנה לאו ברשותיה דמלוה קיימא ואם קידש זה את האשה מקודשת ואם נתנה במכר קנאו וכדתניא ושוין במכר שזה קנאו וכדאיתא בקדושין וכו' עכ"ל · והקלה"ח הקשה עליו כמה קושיות הקושיא הראשונה יכולין לדחותו בקל והקושיא השניה מהא דאמרינן לנועין ור' דוסא אמרי דבר אחד ורבי דוסא מיירי בהפקר עיי"ש אלמא דאינו יכול אפילו להפקיר דבר שאינו ברשותו וילפינן לה על כרחך מאיש כי יקדיש את ביתו · וא"כ ה"ה שאינו יכול להקנותו נ"ל לפענ"ד דהרשב"א סובר דהפקר מטעם נדר הוא כמו שכתב הרמב"ם · ומוכח לה מנדרים (דף ז') ואברר יותר לקמן אי"ה לכן ילפינן לה מהקדש דהקדש ג"כ מטעם נדר הוא משא"כ בשארי קניינים לא ילפינן לה מהקדש וגם זה אבאר עוד לקמן אי"ה עיין שם :

ומה שהקשה עוד דמה שכתב הרשב"א ותדע דהא למ"ד מלוה להו להוצאה ניתנה יכול לקדש בו את האשה התם למ"ד מלוה להו להוצאה ניתנה א"כ יכול הוא לחזור בו ולוה ליה כמו פקדון דכל היכא דאיתא ברשותיה דמרא הוא כיון דיכול הוא ליקח ממנו ואין זה כמו גזילה אלא כמו פקדון ודעת קדשו בזה נעלמה ממני דדברי הרשב"א נכונים הם בטעמן כראוי לפי ערך גדולתו של הרשב"א דהרשב"א הוכיח את דבריו דהא אף למ"ד מלוה להו להוצאה נתנה מ"מ אינו יכול לחזור וליטול מן הלוה קודם שהגיע זמן דהא לוה לו על דעת כן דיהיה רשאי להוצאה בעיסקא כדמוכח זאת מקדושין (דף מ"ז) מדברי רש"י בד"ה להוצאה ניתנה · ומה שכתב רש"י שם וזה לשונו להוצאה נתנה הלוה רשאי להוציאה בהוצאה ואינו חייב להעמידה בעיסקא בתהא מצויה בכל עת שיתבענו עכ"ל דמשמע מלשונו דלמ"ד לאו להוצאה ניתנה מחוייב להעמידה בעיסקא בתהא מצויה בכל עת שיתבענו · ולפ"ז יכול לחזור כמו שכתב הקצה"ח דנ"ל דכוונות רש"י שיהיה מחוייב להעמידה בעיסקא בתהא מצויה בכל עת שיתבענו כשיגיע זמן הפירעון דאם אינה מעמידה בעיסקא דילמא לא תהיה מצויה לשלם · ומה שכתב בכל עת שיתבענה ולא כתב כשיגיע זמן פירעון משמיענו רש"י דין אחר דאינו מחוייב לשלם לו אף אם הגיע זמן הפירעון כל זמן שלא תבע (כמבואר בח"מ סימן ע"ג סעיף ו' ובסמ"ע ס"ק י"ט וס"ק כ"ג ובש"ך שם ס"ק י"ט) ולפי זה אינו דומה כלל לפיקדון למ"ד מלוה לאו להוצאה ניתנה דאף דאמרינן בפיקדון בב"מ (דף מ"ג) דאם הפקיד אצלו מעות שאינם צרורין והתומין דמותר להשתמש בהם · וכן מבואר בחו"מ סימן רל"ב סעיף ז' · מ"מ אם בא המפקיד אף בתוך הזמן שהופקד אצלו כגון שהפקיד אצלו עד שלשים יום ותבעו המפקיד בתוך שלשים יום שיחזירנו מחוייב להחזיר לו כיון שקביעת הזמן היה לתקנת המפקיד (עיין בחו"מ סימן ע"ד סעיף ב') מה שאין כן בהלואה אף למ"ד מלוה לאו להוצאה נתנה מ"מ אינו יכול לתובעו תוך הזמן כיון דקביעות הזמן היה לטובת הלוה · ולפי הנראה נראה שהקצה"ח פירש כפי התוספות רי"ד בקדושין שם שכתב שם בד"ה מר סבר מלוה לאו להוצאה ניתנה מה שפירש המורה שלא נתנה להוציאה בהוצאה אלא להעמידה בעיסקא בתהא מצויה בכל עת שיתבענו אינו נראה לי שדבר זה רחוק הוא מן הדעת והנכון בעיני לפרש כך ומר סבר לא אמרינן מלוה להוצאה ניתנה ואף על פי שהיא בעין אינה שלו ונמצא שלא נתן כלום אלא כיון שהיא בעין ומחלה לה אין לך נתינת כסף גדולה מזו עכ"ל · אבל מזה לא היה לו להקשות על דברי הרשב"א שהרשב"א מפרש כפירש רש"י · ומה שכתב התוספות רי"ד שרחוק מן הדעת הוא נראה לפי עניות דעתי בפירש דברי רש"י כפשוטו שבכל עת שיתבענו המלוה אף בתוך הזמן מחוייב הלוה לשלם וזה באמת רחוק הוא מן הדעת כיון שלוה לו עד זמן פלוני קודם שהגיע הזמן אינו מחוייב לשלם לו דאדעתא דהכי הלוה לו שיכול להוציאה עד שיגיע זמן הפירעון · אבל נראה לי שכוונת רש"י כמו שכתבתי לעיל והדינא וברירא והאוים המה למי שאמרו לכן אף אם הוציאה המעות שהלוה בתוך הזמן יכול לקדשה כיון דלמאן דסובר זה דצריכי שיהיה מצויה תמיד בעיסקא אף בתוך זמן העיסקא ברשות המלוה קאי כדאמרינן בב"מ (דף ק"ד ע"ב) רבא אמר להכי קרי ליה עיסקא דאם מת לא יעשה מטלטלין אצל בניו ופירש רש"י על זה להכי קרי ליה עיסקא שתהא קיימת תמיד ומתעסק בה ויסמכו עליה בעליה שלא תנתן להוציאה ואם מת לוה יגבו ולא תיעשה כמטלטלין שלהן דכיון שצריכה להיות קיימת וכו' עכ"ל · כן נראה לפענ"ד כוונות רש"י וגם הרשב"א יפרש כן ולא קשה עליו קושיית הקצה"ח :

ומה שכתב עוד דאפילו בגזילה נמי מקודשת אם הוא גזל דידה דאע"ג דאין יכול להקנות גזילה היינו לאחר אבל לגזלן גופי' יכול הוא להקנותו וכדמוכח בפ"ק דקדושין (דף י"ג) גבי קידש בגזל דידה דהיכא דשדך מקודשת משום דמחלה לו ע"ב אלמא דיכול הוא להקנות גזילו לגזלן עצמו · ולפי קוצר דעתי אינו מובן לי דבריו הקדושים גם בזה דעיקר קנין שמחילה הוא דוקא כשאינו ברשותו אבל כשהוא תחת ידו אינו יכול להקנותו לאחר בקנין מחילה כידוע לכל מבא"כ בשארי קנינים דעיקר דין קנייתן שמקנה הדבר פלוני שהוא תחת ידו לפלוני באיזה קנין · לכן נוכל לומר הא דיכול להקנות היינו דוקא כשהפך שהוא מקנה לחבירו הוא ברשותו אבל כשאינו ברשותו לא יוכל להקנות לחבירו · סוף דבר שדברי הרשב"א נכונים בטעמם שלאיכא דאמרי דנהרדעי דסברי דדוקא גבי הקדש אינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו משום דגלי לן קרא אבל במקח וממכר וכדומה יכול להקנות לחבירו אף דבר שאינו ברשותו וללישנא קמא דנהרדעי סבירא ליה דילפינן דאינו יכול להקנות דבר שאינו ברשותו מהקדש וכ"ל שטעמא של לישנא בתרא דלא ילפינן שאר קנינים מהקדש דנוכל לומר דיש דברים שאין ההקדש חל עליהן ובשאר דוכתי מועיל הקנין כדאיתא בתמורה (דף י' ע"ב) צריכא דאי אתמר בהא משום דאמיה חזיא לגופא מיגו דנחתא קדושה לה נחתא נמי לולד אבל אידך לא קמ"ל הדא ואי איתמר בהא משום דקא מפרים קדושה על הולד אבל ההוא לא צריכא · ונראה מזה דלדבר פדא אם הקדיש בהמה מעוברת אינו קדוש הולד מחמת אמירה זו אלא דינו כולד קדשים ואם בהמה מעוברת הקדיש אותה לחטאת וולדה למיתה אזיל עיין שם בעמוד א' בתוס' ד"ה ואין קדושה וכו' ותמצא כדברי · ובמקח וממכר אם מכר בהמה מעוברת לחבירו שיהא קנויה לו הבהמה והולד בודאי נתפס הקנין וקנה חבירו כידוע · אך על זה יש לפקפק ולכן נ"ל בדרך אחר דלישנא בתרא דנהרדעי סובר לפי שיטת הרשב"א הנ"ל דהקדש וגנב הוי שני כתובים הבאין כאחד ואין מלמדים מהן לשאר דברים דמה שכתבתי לעיל דבריו וגונב מבית האיש צריכין לשאר הדברים כדאיתא (בדף ע"ו) למעט אם גנב הקדש מבית בעלים דפטור דהא למאי שכתבו התוס' שם (בדף ס"ג) בד"ה רעיהו וכו' ויש לומר דהתם נמי לא מאיש קדרים וכו' אלא התם הכי פירושו מבית האיש דבייך ביה רעיהו כדכתיב ולא מבית הקדש ואגב דגבי גנב איצטריך למיקט האי לישנא למידרש ולא מבית הגנב נקט ליה נמי לענין הקדש עכ"ל והרשב"א בחידושיו (בדף ע"ו) מבאר יותר דהקרא וגונב מבית האיש הוא בא למעט דגונב אחר הגנב דפטור ולא למעט הקדש · ולפ"ז אזיל הרשב"א לשיטתו דכתב דאיכא דאמרי דנהרדעי סובר דלא ילפינן שארי קנינין מהקדש וטעמא דלישנא קמא דנהרדעי דסובר דילפינן שארי קנינין מהקדש כ"ל דגנב והקדש לאו שני כתובים הבאים כאחד נינהו דמצריך צריכא דאי כתב רחמנא גבי גנב הוי אמינא דדוקא גבי גנב משום דמידי דמטלטלי נינהו לכן אם כמה אלא אחרים אינם עומדין ברשות בעליהם ומשום הכי אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל דלא גנב מרשות בעליו אבל גבי הקדש דכתב רחמנא ביתו לאשמועינן דאף אם גזל קרקע אין הנגזל יכול להקדיש דאי לאו דאשמועינן האי קרא ה"א דחל ההקדש דקרקע בכל מקום שהיא ברשות בעלים עומדת כדאמרינן בכמה דוכתי בש"ס ואחד מהם בבבא מציעא (דף ק"ב ע"ב) כתב רחמנא האי ביתו לומר דאף קרקע אינה יכול להקדיש אם אינה ברשותו כדאמרינן בב"מ (דף ז' ע"א) במסותא מקרקעי עסקינן דכי יכול להוציאה בדיינין ברשותו קיימא אבל כי ליכא עדי גזילה דאינו יכול להוציאה בדיינין לאו ברשותו קיימא ואינו יכול להקדישה; ואי אשמועינן גבי הקדש הוה אמינא דדוקא גבי הקדש אינו יכול להקדיש אם אינה ברשותו דהא לא נוכל למעט מקרא דביתו רק היכא דליכא שום חיוב אחריות על האיש שהוא עתה ברשותו דהא במקרקעי ליכא דיני שמירה כידוע עיין בב"מ (דף נ"ז ע"ב) והומיא הכי ממעטינן דאף במטלטלין היכא דהתנה כפירוש דלא יתחייב המחזיק בהן בשום אחריות אין הבעלים יכולים להקדישו והא דיליף ר' יוחנן מהך קרא דביתו הגזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם; אינם יכולין להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינה ברשותו מיירי דהגזל מהל לגזלן את האחריות

מהרי"ט אינו יכול להקדישו דאל"כ יקשה. לפי מה שכתבו התוס' בב"ק (דף י"א ע"א) ד"ה אין וכו' והיינו טעמא דגנב וגזלן קנו מיד כשהוציאוהו מרשות בעלים וכו'. עכ"ל. פירוש לדבריהם דאף דהגזילה בודאי שייכה לנגזל מ"מ לכמה פרטים יש להגזלן קנין בגוף הגזילה תיכף כשהוציאוהו מרשות הבעלים היינו שאם יארע שום שינוי בגוף הגזילה יקנה אותה הגזלן בשינוי זה או לאחר שיתיאשו הבעלים יקנה אותה הגזלן אליביה דכמה אמוראי וביאוש ושינוי רשות אליביה דכו"ע או בשינוי השם. ולפי דבריהם יקשה אמאי קאמר ר' יוחנן זה לפי שאינו ברשותו היה לו לומר טעמא דעדיפא מיניה דמשום הכי אין הנגזל יכול להקדיש דכיון דיש להגזלן קנין בגוף הגזילה לכמה פרטים נמצא דיוכל לבוא שתהיה כולה של הגזלן ולא תהיה של הנגזל כלל ומש"ה לא יוכל להקדיש לפי שאינו שלו. וביותר קשה למה מצרכינן קרא דביתו ע"ז הא ממילא ידעינן דאין הנגזל יכול להקדיש דהא אינה לגמרי שלו. אלא ודאי דר' יוחנן סבירא ליה דגבי גזל ולא נתיאשו הבעלים וכו' אם הנגזל רוצה להקדיש בודאי הוא מוחל להגזלן את האחריות שלא יהיה שום חיוב אחריות מוטל על הגזלן דאל"כ יהיה מוציא דבריו לבטלה דהקדיש דבר שאינה לגמרי שלו כמה שכתבתי. לכן בודאי קודם שהקדיש מחל לו את אחריות הגזילה דהא בשאר דוכתי אין אדם יכול לקנות שום דבר בשינוי מעשה. עי' בחידושי הר"ן לב"מ (דף ע"א) ד"ה דילמא וכו' וכי שינוי קונה למי שאינו גזלן עכ"ל. ונראה לי טעמא של דבר דמשו"ה קונה הגזלן בשינוי משום דהגזילה היא באחריותו לענין אונסינן וליוקרא וזולא עי' בב"מ (דף מ"ג ע"ב) אמר רבה וכו' ובע"ב אמר רבי יהודה וכו' וכיון דעומדת באחריות הגזלן כ"כ לכן יש לו קנין בגוף הגזילה אם תשתנה שיקנה אותה. וגם מדברי התוס' ב"ק הנ"ל בסופו מוכח ג"כ דמטעם זה הוא קונה בשינוי ע"ש. לכן אם מחל הנגזל להגזלן את האחריות אז גם אם יארע אחד מכל הדברים אשר אם לא מחל לו את האחריות יקנה אותה הגזלן בהם השתא כשמחל לו את האחריות לא קנה כמו בשאר דוכתי שאין קונין בשינוי. נמצא דודאי מחל לו את האחריות דאין אדם מוציא דבריו לבטלה כדאמרינן בכמה דוכתי בש"ס ואחד מהם בסנהדרין (דף ט' ע"א) ואף לרבנן דפליגי עליה דרבי מאיר וסבירא להו דאדם מוציא דבריו לבטלה וכוותייהו פסק הרמב"ם ז"ל. מ"מ נראה לי דהיינו דוקא כשלא אמר שהיה בלבו לשם דמים אבל אם אמר שלשם דמים נתכוון נוכל לומר דגם רבנן מודו לרבי מאיר דמשני דאין אדם מוציא דבריו לבטלה מהסתם רק היכא שאמר אח"כ בפירוש שהוציא את עצמו מסתם בני אדם והוציא דבריו לבטלה בזה פליגי רבנן אדר' מאיר ואמרי דאין צריך ליתן את הדמים. וראיה לדברי מדאמרינן במנחות (דף פ"א ע"ב) ת"ש הרי עלי תודה בלא לחם וזבח בלא נסכים כופין אותו ומביא תודה ולחמה זבח ונסכים וכו' ופריך הגמרא אמאי נדר ופתחו עמו הוא. ומשני דאתיא כבית שמאי ור' יוחנן אמר אפילו תימא בית הילל באומר אילו הייתי יודע שאין נודרין כך לא הייתי נודר כך אלא כך ומאי כופין דקבעי הדר ביה וכו'. וכהאי גונא אמר רבי יוחנן בנזיר (דף ט' ע"ב) ופירוש רש"י בד"ה כגון וכו' הלכך גמר בנפשיה לאתויי מידי דבר חיובא להכי יביא מן החיטין עכ"ל רש"י וכוותיה פסק הרמב"ם בפרק ט"ז מהלכות מעשה הקרבנות הלכה יו"ד הרי מוכח מזה דאם אמר שבלבו היה לשם דמים גם רבנן מודו דאין אדם מוציא דבריו לבטלה. אך נראה לי שהראיה הזאת היא רק לדברי הראב"ד שכתב שם בהלכה ח' האומר הרי עלי מנחת שעורים כו' עד פטור שלא התנדב וכו' אמר אברהם אין לסמוך על הכללות הללו שאם בדקו אותו ואמר אילו הייתי יודע הייתי מתנדב כדרך המתנדבים אע"פ שאמר מנחת שעורים מביא מן החיטים וזעירי שמפליג בין מנחה למנחה לדעת בית שמאי (אי) לר"ת דאמר תפוש לשון ראשון דפליג שאם אמר מנחת שעורין אין כאן לשון ראשון כו'. עכ"ל וכן פירש רש"י במנחות (דף ק"ג ע"ב) ע"ש. ולפי שיטה אף אם אמר מנחת שעורים אף דליכא למימר בזה תפוס לשון ראשון והוי כמו שאמר הרי עלי שעורים דפטור דודאי לשעורי אכוון וכן הוא לשון רש"י במנחות ק"ג ד"ה לא שנו וכו' בלישנא אחרינא ע"ש. ואפ"ה אם אמר אח"כ שהיה בלבו שיביא מנחה מן החיטין כופין אותו אם הדר ביה להביא מנחה מן החיטין. ולפ"ז גם אם אמר ערך כלי עלי ואמר שבלבו היה לשם דמים ג"כ כופין אותו שיתן דמיו אבל לדעת הרמב"ם שם בהלכה ח' דדוקא אם אמר מנחה מן השעורים בהייא ואמר שבלבו היה מן החיטין אז כופין אותו. דכשאמר מנחה אינו סותר מה שהיה בלבו שיביא מן החיטין. אבל כשאמר מנחת שעורים הרי סותר דבורו את מה שבלבו דתיבת מנחת דבוקה לתיבת שעורים אין כופין אותו למה שחשב בלבו להתנדב כדרך המתנדבים וכן גבי תודה אם אומר הרי עלי תודה בלא לחם ג"כ מהני מה שחשב בלבו להביא תודה ולחמה דתיבת תודה אינה נדבקת על מה שאמר לאחריה. ולפי זה אינו מוכח דרבנן מודו דאם אמר ערך כלי זה עלי וגילה אח"כ שלשם דמים נתכוון שכופין אותו ליתן דמיו דהיה דיבורו סותר את מה שבלבו. אך בנידון דידן אף לשיטת הרמב"ם דאם הנגזל הקדיש מה שברשות הגזלן בודאי מחל לו את האחריות מקודם דאל"כ איך יחול ההקדש הא אינו שלו לגמרי דיש להגזלן קנין בהגזילה בכמה פרטים לכן בודאי מחל לו בלבו את האחריות דהיכא דאין דיבורו סותר את מה שבלבו ואם ניקח את דיבורו לבד יהיה דבריו לבטלה אף הרמב"ם סבירא ליה דאף לרבנן אמרינן בזה אין אדם מוציא דבריו לבטלה והולכין אחר מה שבלבו. דהכלל בידינו דכל שנוכל למעט במחלוקת ממעטינן והכא הא חזינן דפליגי רבנן עליה רק היכא דסותר דיבורו את מה שבלבו לכן אמרינן שלא היה בלבו לשם דמים כדי שלא יסתור את דיבורו והוציא את דבריו לבטלה. אבל כשאינו סותר דיבורו את מה שבלבו. ואם נלך אחר מה שבלבו לא יהיה דבריו לבטלה בזה מודו רבנן לר' מאיר דאמרינן מסתמא אין אדם מוציא דבריו לבטלה. וראיה לזה מדברי הרמב"ם דדוקא אם אמר הרי עלי מנחה מן השעורים אז צריך לבדוק אותו מה שהיה בלבו אבל אם אמר הרי עלי מנחה אין צריך לבדוק מה היה בלבו ומחוייב להביא מנחה מן החיטין דאין אדם מוציא דבריו לבטלה דאל"כ היה לו להרמב"ם לאשמועינן רבותא יותר דאף אם אמר מנחה בודקין אותו עי' בתוספות במנחות (דף ק"ב ע"ב) ד"ה ומני וכו' דבית שמאי סבר ליה כר' מאיר לכן בודאי מחל לו בלבו את האחריות שיהיה לגמרי שלו וה"א דיכול להקדיש אי לאו דכתב רחמנא ביתו דבעינן דוקא שיהיה ברשותו ואף שלא שמענו בפירוש שמחל לו מ"מ בלבו בודאי מחל לו ומחילה בלב מהני בכי האי גונא. כדכתב המהרי"ט בח"ב בחו"מ סימן מ"ה הובא דבריו בקצות החושן בריש סימן י"ב בשינוי לשון דהיכא דאיכא הוכחה שמחל בלבו מהני כן מחילה והביא ראיות הרבה לדבריו. והכא נמי איכא הוכחה דמחל לו האחריות דאל"כ איך יקדיש הלא דבריו היה לבטלה דהוי כאילו הקדיש דבר שאינו שלו כדכתבתי לעיל לכן נצרך רבי יוחנן לטעמא לפי שאינו ברשותו דאף לסברת ר' יוחנן דקונה בשנוי כדכתבו התוס' ב"ק (דף ס"ה ע"ב) ד"ה הן וכו' מ"מ הכא לא קנה כיון דמיירי דמחל לו אחריות. וגם אילטריך קרא דביתו דאי לאו הכי ה"א דקדיש וכיון דמיירי דמחל לו את האחריות ויליף זאת מקרא דביתו לא נוכל ללמוד גנב מהקדש. דהתם הנגנב באחריות הגנב. וכיון דנכסיו של הגנב משועבדים לבעה"ב על אחריות הגנבה יוכל לקנות במקום שמונח שם הגנבה בקנין קל כזה היינו במה שמונח שם הגנבה באותו מקום דזה מקרי קנין קלת כדאכתוב לקמן:

ובהאי גוונא כתב הרשב"ם בב"ב (דף ס"ז ע"א) על הא דאמר שמוחל מכר לו עבר שדות בעבר מדינות

כיון

כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולן · ופירש רשב"ם ע"ז קנה כולן וכדמפרש בפ"ק בקדושין (דף כ"ז) שנתן לו דמי כולן דכיון דקיבל המוכר כל הדמים של עשר שדות הרי אשתעבדו כולהון ללוקח בשביל מעותיו שנתן לו ודי לן בחזקת אחת מהן וכו' עכ"ל · הרי מוכח מדבריו דאם מכבר נשתעבדו נכסיו לחבירו יכול זה שנשתעבדו לו לקנות בקנין קל היינו בחזקת אחת מהן · הכא נמי כיון דכבר נשתעבדו נכסי הגנב אל הבעה"ב נקנה מקום המונח שם הגניבה בקנין קל כזה · היינו במה שמונח שם הגניבה לבעה"ב ומיקרי ביתו של גנב ביתו דבעה"ב · משא"כ בהך דרבי יוחנן כיון דמיירי דמחל לו הנגזל לגזלן את האחריות תו לא משתעבדו נכסי הגזלן לנגזל ולא יוכל לקנות מקנין קל כזה להקרות ביתו של הנגזל · ומשו"ה אי לאו דכתב רחמנא וגונב מבית האיש דאין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל הא דמשלם תשלומי כפל דזה מיקרי וגונב מבית האיש דביתו של הגנב נקנה בקנין קל לבעה"ב כנ"ל · ואשמועינן קרא דלא דמו לעשר שדות דבשלמא הך דעשר שדות השדות מבוררת שאלו השדות שפילש עבורן הדמים הם משועבדות לו עבור מעותיו והוי כאילו נעשו אפותיקי דהא עבורן הוציא מעותיו · משא"כ מקום המונח שם הגניבה שהגנב יכול להחליף וליתן הגניבה במקום אחר ולא נתברר המקום ומשו"ה לא קנה הבעה"ב את המקום · לא מיבעי לדעת הרמב"ם וסייעתו הובא דבריו בח"מ (סימן רמ"א סעיף ד') באם אינו מסיים לו המוכר שדה שמכר לו כגון שכתב כל נכסי מכורים לך חוץ ממקצתן הואיל שלא סיים הדבר שמכר ואינו ידוע לא קנה כלום ואינו יכול לומר תן לי פחות שבנכסים עד שיסיים לו מקום שמכר לו · בודאי לא נקנה המקום שמונח שם הגניבה לבעה"ב · אלא אפילו לדעת החולקים עליו וסוברים שקנה אף שלא סיים את הדבר שמכר · מ"מ היינו דוקא בקנין טוב ושניהם הן המוכר רוצה להקנות והן הלוקח מתכוון לקנות · משא"כ הכא בקנין קל כזה ושניהם אינם מתכוונים שיהיה להבעה"ב קנין במקום שמונח שם הגניבה אף שסוברים קצת פוסקים הובאו דבריהם במחנה אפרים בהלכות קנין משיכה סימן ד' שאם הגביהו שום דבר ולא כוונו לקנותו קנה נראין מדבריו במסקנתו · דוקא שכל זה במתעסק בזכיה אע"פ שלא כוון לקנותו בשעת הגבהה הרי זה קנה · אבל אם אינו מתעסק בזכיה כלל לא קנה אף שהגביה אותה · והכי נמי אין הבעה"ב מתעסק בזכות אותו המקום שמונח שם הגניבה כלל ולכן לא קנה ולא מקרי ביתו של בעה"ב ולא קרינן ביה וגונב מבית האיש ואף לדעת רש"י בבילה (דף ל"ט ע"ב) ד"ה במגביה מציאה לחבירו קמיפלגי דפירש דרב ששת סובר דאף אם בפירוש אין מתכוון לקנותה מ"מ נקנה ליה בהגבהה שהגביה שלא במתכוין · נ"ל דהיינו בקנין הגבהה דהוא קנין חשוב · אבל בקנין שאינו חשוב כבר כתבנו בכפתור ג' דלא קנה · ומכש"כ בקנין קל כזה דאם אינו מתכוון לקנותו וגם המקום אינו מסוים דיכול להחליף מקום הגניבה כו"ע מודה דלא קנה ולא מקרי וגונב מבית האיש · ואין להקשות על דברינו דכתבנו דשאני בהך דר' יוחנן כיון דאין נכסיו של הגזלן משועבדים לנגזל מש"ה אינו נקנה ליה המקום שמונח שם הגזילה בהך קנין שהוא שאול להנגזל בע"כ שיהיה מונח שם גזילתו · דהא איכא כמה ראשונים דהשואל קנה גוף הדבר המושאל ליה היינו הרא"ש בתשובותיו והרשב"א ומהר"ם והריטב"א והרמב"ם הובאו דבריהם במחנה אפרים בהלכות שכירות סימן ה' ואמאי אינו אל הקדם · דנראה לי היינו דווקא כשהשואל או השוכר דר בבית או שמשתמשין בדבר השאול · בזה יש לנו לומר דהשוכר או השואל יש להם קנין בגוף הדבר המושאל או המושכר · משא"כ הכא שהבית הוא ברשות הגזלן ואין הנגזל יכול להשתמש בה כלל רק הגזלן הניח שם הגזילה לא מקרי ביתו של הנגזל כלל · וכן מפקיד ונפקד דינם נמי הכי דאם אין המפקיד יכול להשתמש בביתו של הנפקד כלל רק הנפקד התחייב את עצמו לשמור איזה דבר של חבירו וליתן לו מקום בביתו או בחצירו לא מקרי ביתו של המפקיד כלל · ולפענ"ד מוכח זאת הסברא מבילה (דף מ') הנ"ל דלא יקשה על הך פוסקים דסוברים דשואל יש לו קנין בגוף הדבר המושאל לו · הא בבילה אמרינן דדווקא כגון שייחד לו קרן זווית דאז הוא כרגלי המפקיד כדפירש רש"י שם בד"ה שיחד לו קרן דאושלי ביתא הלכך ברשות המפקיד הן · אבל הכא דמשכן שומר וקיבל עליו שמירתן הרי הן כרגליו · דמשמע לשון רש"י דבזה מה שנתן הבית לשומר שיהיה מונח בה חפציו אינם מקרי שאלה כלל שיהיה לו קנייה בגוף הבית · אך היכא שיחד לו קרן זווית שיניח בעה"ב את חפציו זה מיקרי שאלה ויש לו קנייה בגוף הבית לכן הוה כרגלי המפקיד · וגם במגן אברהם (בסימן שנ"ו ס"ק ט"ו) כתב החילוק מה שיש בין יחד לו קרן זווית בין כשלא יחד לו קרן זווית בשם הטור והרא"ש דכשיחד לו קרן זווית לא קיבל שמירתן רק שאמר לו הא ביתא קמך לכן הם כמותו · והביא ראיה מהגמ' דקאמר הכא שהא קיבל נטירותא · ומדבריו ג"כ מוכח היכא דקיבל עליו שמירתן לא קנה המפקיד גוף המקום שמונח שם הפקדון כיון שאין לו רשות להשתמש במקום זה · לכן הוי כרגלי הנפקד · וה"נ מוכח מדברי הרשב"ם בב"ב (דף פ"ה ע"א) דקאמר שם הגמרא ת"ר ארבע מדות במוכרין וכו' ברשות הלה המופקדים אצלו לא קנה עד שיקבל עליו או עד שישכור את מקומו וכו' ומפרש הרשב"ם המופקדים אצלו שהפקיד שם מוכר פירותיו ומסתמא הקנה לו נפקד למפקיד את רשותו לצורך פירותיו למכור ולמדוד פירותיו בביתו כדרך כל הנפקדים עד שיקבל עליו נפקד במצות המפקיד ליחד לו רשות ללוקח לקנות הפירות באשר הוא שם או שישכור וכו' · דלכאורה דברי הרשב"ם אינם מובנים · דאף אם הקנה לו הנפקד למפקיד את רשותו למכור ולמדוד וכו' מ"מ הוי רק שכירות בעלמא · ולפי זה מוכח דסובר הרשב"ם דשוכר קנה גוף הדבר המושכר לו ויש כמה פוסקים ראשונים שסוברים כן · ובכפתור ג' הארכתי בדבריהם · לכן כתב הרשב"ם בדיבור השני עד שיקבל עליו נפקד במצות המפקיד וכו' דכיון דמושכר המקום להמפקיד למכור ולמדוד קנוי המקום הזה להמפקיד · לכן בעינן שיקנה לו המפקיד ללוקח את המקום · וכיון דסבירא ליה להרשב"ם דשכירות קונה לגוף הדבר המושכר · א"כ אמאי פירש הרשב"ם מסתמא הקנה ליה וכו' הא גם בלא זה המקום הוא קנוי להמפקיד דהא המקום הזה מושכר לו להניח שם פירותיו · אלא וודאי דסובר הרשב"ם כמו שכתבתי דאף אם נאמר דשוכר קנה גוף דבר המושכר · היינו דוקא היכא דהשוכר משתמש בהדבר הזה מה שמושכר לו ולכן הוא קנוי לו · משא"כ במפקיד דאין המפקיד יכול להשתמש במקום שמונחים שם פירותיו אף להניח הוא בעצמו פירותיו שנתן להפקיד שם רק הנפקד התחייב אע"פ שיניח את פירות המפקיד באיזה מקום ברשותו וא"כ אין המקום קנוי להמפקיד אף אם נאמר דקניא שכירות את דבר הנשכר · ומשום זה כתב הרשב"ם ומסתמא הקנה לו נפקד למפקיד מקום למכור ולמדוד וכו' דאז דוקא קנוי לו גוף המקום להמפקיד כיון דהמפקיד בעצמו יוכל להשתמש במה שהשכיר לו · ואין להקשות על דברינו מב"ק (דף מ"ח ע"ב) דאיתא התם · לא אמר ליה שמרו אקנויי אקנה ליה מקום בחצר וכו' וכן מבכורות (דף י"ח ע"ב) דאיתא התם ר' טרפון סבר אקנויי קא מקני ליה בחצירו · דלכאורה מוכח מזה דאף אם אין המפקיד יכול להשתמש במקום שמונח שם פקדונו מ"מ קנוי ליה המקום להמפקיד · דלפי דברינו שכתבנו בכפתור ג' על שני הגמרות הנ"ל ניחא ומשם הדרשנו למוכר גם כאן והמצא מרגוע לנפשך · ולפי זה לא נוכל ללמוד גנב מהקדש דכי היכי דבהקדש אינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו משום דכתיב ביתו ה"נ גבי גנב אם גנב מבית הגנב דאין משלם תשלומי כפל · דנוכל לומר דדוקא גבי הך דרבי יוחנן דכיון שהגזילה אינה עומדת באחריות הגזלן ולא נשתעבדו נכסי הגזלן לנגזל כלל · לכן המקום שמונחת שם הגזילה אינו קנוי כלל להנגזל כי לא מהני בזה קנין קל · כי אין הגזלן מחוייב באחריות וזה מקרי קנין קל כיון דאין הנגזל יכול להשתמש במקום שמונח שם הגזילה · אבל גבי גנב כיון

דגנב הראשון תיכף כשגנב נשתעבדו נכסיו על אחריות אם יארע איזה היזק כדבר שגנב לכן בקל קנוי המקום שמונח שם הגניבה לבעה"ב כמו שכתבתי לעיל בשם הרשב"ש דהיכא דנכסיו כבר משועבדים לאיזה איש יוכל לקנותם האיש הזה אף בקנין קל דלא מעלי בשאר דוכתי · ה"נ אף שהוכחתי דהיכא דאין המפקיד בעצמו משתמש במקום שמונח שם הפקדון אין המקום קנויה ליה · מ"מ הכא כיון דנכסי הגנב משועבדים ליה לאחריות הגניבה נקנה ליה המקום לבעה"ב אף בקנין קל כזה כיון דהגניבה מונחת שם וזה מיקרי קנין קל · דהרמב"ם סובר עדיפא מזה הובאו דבריו בחו"מ (סימן קל"ב סעיף י') המוכר שדה לחבירו ונכנס בה הלוקח וזרעה או נרה או שאסף פירות האילן או זמרו וכן כל כיוצא בדברים הללו קנה · ואף להראב"ד דפליג עליו מ"מ מיקרי קנין קצת דהא איתא בירושלמי ריש פרק ג' דב"ב המוכר בית לחבירו כיון שנגבר לתוכה פירות קנה · אמר רבי שמואל בר רב יצחק ובלבד פירות הראוין לגבור עיין בביאורי הגר"א שם ס"ק י"ג שהביא את הירושלמי הזה · ואף שהראב"ד מפרש את הירושלמי הנ"ל לענין שאינו צריך לומר לך חזיק וקני עיין בביאורי הגר"א שם ס"ק ט"ו · מ"מ נראה לי דהיינו טעמא דאף הראב"ד מודה דכשנגבר לתוכו פירות מיקרי קנין קצת · דאל"כ אמאי הוה כאילו אמר ליה לך חזיק וקני דשא לא נגברו הפירות במצות המוכר כדמשמע מלשון הירושלמי · ומשו"ה בעי רבי שמואל בר יצחק פירות הראוין לגבור כי היכי דלהוי קנין קצת · אבל אי נימא דבמצות המוכר נגברו הפירות מאי נ"מ אם הפירות ראוין לגבור או לא · כמובן · ולפ"ז לא נוכל ללמוד גנב מהקדש דכיון דמקום שהניח שם גנב הראשון את הגניבה קני לבעה"ב כנ"ל הוי כמו שגנבו גנב השני מבית בעל הבית. ומשו"ה איצטריך רחמנא לכתוב וגונב מבית האיש דאין הגונב מבית הגנב משלם תשלומי כפל. דמהקדש לא מצינו למילף :

ואין להקשות על דברינו דאמאי אמרינן בביצה דדוקא אם יחד לו קרן זווית אז הוא כרגלי המפקיד וכן גם הרשב"ש כתב ומסתמא הקנה ליה המקום למכור ולמדוד וכו' הא גם בלא זה נקנה כיון דכבר משועבד המקום על אחריות וא"כ נקנה המקום להמפקיד בקנין קל במה שמונח שם פקדונו · דלפענ"ד נראה דדוקא היכא דנכסיו משועבדים אף לאחריות אונסין כגון בגנב או לכל הפחות על אחריות גניבה ואבידה אז נקנה המקום בקנין קל כזה · משא"כ כשהנכסים משועבדים רק על אחריות פשיעה · כגון אם הוא שומר חנם בעלמא אז לא נכנס ברשות המפקיד כלל מחמת השיעבוד על האחריות דבודאי לא יפשע בממון שאינו שלו ובפרט לשיטת הרמב"ם הובאו דבריו בחו"מ (סימן ש"ו סעיף ח') דפושע מזיק הוא וכיון שלא נכנס לרשות המפקיד מחמת השיעבוד של אחריות הפשיעה לכן לא נקנה ליה המקום בקנין קל כזה ובהתם פקדון הוא שומר חנם לכן מצריך הגמרא בביצה ליחד לו קרן זווית · וגם הרשב"ש כתב משום זה מסתמא הקנה לו המקום וכו' · נחזור לדברינו דגנב מהקדש לא נוכל למילף כדכתבנו וגם הקדש מגנב לא נוכל למילף דאין יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו דנוכל לומר דדוקא גבי גנב דמטלטלי הוא לכן לא מיקרי וגונב מבית האיש ואין הגונב אחר הגנב משלם כפל משא"כ במאי דגלתה לנו התורה גבי הקדש דאף במקרקעי דאף שעומד ברשות אחרים הוא ברשות בעליו כדכתבנו לעיל מ"מ אינו יכול להקדישו אם הוא ברשות אחרים אי לאו דגלתה לנו התורה ה"א דיכול להקדישה ומשה"כ איצטריך רחמנא למכתוב ביתו לומר מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו · ולפ"ז לא הוי הקדש וגנב שני כתובים הבאים כאחד לכן סובר לישנא קמא דנהרדעי דגם בשאר דוכתי ילפינן דאינו יכול להקנות לחבירו דבר שאינו ברשותו דילפינן מהקדש או מגנב כי היכי דלא תהני התם אבל לישנא בתרא דנהרדעי סובר דהוי הקדש וגנב שני כתובים הבאין כאחד ואין מלמדים דנוכל ללמוד גנב מהקדש לפי שיטת הרמב"ם שאנו עסוקים לייסבו לפי שיטתו שכתב במקום אחר הובאו דבריו בחו"מ סימן קל"ב סעיף י"ב המוכר לחבירו עשר שדות בעשר מדינות כיון שהחזיק באחד מהן קנה כולן וכו' בד"א שנתן דמי כולם. אבל אם לא נתן דמי כולם לא קנה אלא כנגד מעותיו לפיכך אם היו הכל במתנה קנה כולם עכ"ל · וכתב המחנה אפרים בהלכות שכירות סי' ב' דהרמב"ם פליג על סברת הרשב"ם בב"ב (דף ס"ז) הנ"ל דכיון דנתן לו הדמים נשתעבדו כל השדות לזה שנתן הדמים ולדידיה נוכל לומר כסברתו דהיכא דכבר נשתעבדו בקנין קל יכול לקנותו כנ"ל · אבל הרמב"ם כתב הרב בעל מחנה אפרים דבמוכר בעינן שיתן דמי כולן ואי לא לא קנה אלא כנגד מעותיו והיינו טעמא משום דלא סמכא דעתיה דמוכר להקנויי עד שיבא כל המעות לידו ומשו"ה במתנה דלא שייך בהאי טעמא בחזקת אחת מהן קנה כולן · וא"כ לא נוכל לומר כסברתי שכתבתי לפי שיטת הרשב"ם הנ"ל דהיכא דכבר נשתעבדו נכסיו יכול האיש המשועבד לו לקנותו בקנין קל · דאם נימא כסברתי אמאי כתב הרמב"ם חזקת אחת מהן קונה במתנה הא נוכל לומר דדוקא במכירה דנתן כל הדמים ונשתעבדו נכסיו ללוקח עבור מעותיו לכן מהני חזקת אחת מהן אף שהוא קניין קל משא"כ במתנה דשם לא נשתעבדו הנכסים כלל · דמה שהביא הרבינו בעל מחנה אפרים סיוע לדברי הרמב"ם מהתוספתא דאיתא התם דאף בשכירות אם החזיק באחת מהן קנה כולם ע"כ יש לחלק בין שכירות למתנה מדברי השו"ע סימן קל"ב הנ"ל דבמתנה הביא שני דעות ובשכירות פסק אליבא דכולי עלמא דדי בחזקת אחת מהן : ובב"י שם מבואר יותר דאף הרשב"ם וסייעתו מודים דבשכירות די בחזקת אחת מהן · ומה שהקשה בביאורי הגר"א שם ס"ק כ"ב על דברי השו"ע יש ליישב דכיון דבשכירות לא נקנה גוף הקרקע רק לתשמיש בעלמא לכן די בהחזיק באחת מהן אף שהוא קניין קל · וראי' לזה מדברי התוספות בכתובות (דף נ"א ע"ב) ד"ה וברה"ר נמי קנה והא דאמר בהמוכר את הספינה דאביי ורבא דאמרי תרוייהו דמשיכה לא קני ברשות הרבים אומר ר"י דלא פליגי אדרבינא דהכא דהא דקאמר דקני היינו לענין להתחייב באונסין · אבל אינו קונה שיהא שלו לגמרי עכ"ל · הרי מוכח מדבריהם היכא דהקניין הוא לדבר מועט לא בעינן לזה קניין חשוב לקנותו · ה"נ כיון דשכירות הוא רק לתשמיש בעלמא דהוי דבר מועט מועיל בה קניין קל היינו אם החזיק באחת מהן · משא"כ במתנה דהתם נקנה לגמרי להמקבל את המתנה לכן בעינן שם קנין חשוב היינו שיחזיק בכל אחת מהן · כל זה הנני כותב בהשקפה ראשונה וכיון שכן אין ראי' מהתוספתא מהא דמהני חזקת אחת מהן בשכירות שיהי' גם במתנה כן · דהא הוכחתי מדברי השו"ע דיש חילוק ביניהם ואם נימא כסברתי א"כ איך הוכיח הרמב"ם דגם במתנה די בחזקת אחת מהן ממכר כשנתן דמים הא התם נשתעבדו השדות עבור מעותיו שנתן מה שאין כן במתנה דאין כאן שיעבוד כלל ואיך יקנה בחזקת אחת מהן דהוא קניין קל אלא ודאי דסובר הרמב"ם דאף היכא דיש כבר שיעבוד לא מהני קניין קל דאין מועיל קניין כזה אף היכא דנשתעבדו נכסיו · לכן הוכיח הרמב"ם ממכר שכשנתן כל הדמים די בחזקת אחת מהן הכא נמי מועלת חזקת אחת מהן במתנה מפני שהוא קניין חשוב · ומה דבעינן במכר שיתן כל הדמים הטעם הוא כמו שכתב הבעל מחנה אפרים · ולפי זה נוכל ללמוד גנב מהקדש דלא נוכל לחלק ביניהם כסברתי דהוי אמינא דאי לאו דכתב רחמנא גבי גנב למעט הוי אמינא דגונב אחר הגנב משלם כפל משום דכבר נשתעבדו נכסיו של הגנב על אחריות של הגנבה לבעה"ב ומשום הכי נקנה מקום שמונח שם הגניבה בקניין קל לבעה"ב משא"כ גבי הקדש דאין שם שיעבוד אחריות משו"ה אינה נקנה מקום המונח שם הגזילה בקניין קל לכן כתב רחמנא בהקדש דאינו חל · ולא נוכל ללמוד גנב ממנו דהא כבר הוכחתי מדברי הרמב"ם דאף דנכסיו משועבדים מכבר לא מהני קניין קל כיון דאינו מועיל קניין זה במקום שאין שם שיעבוד נכסים ולפי זה אף בגנב לא נקנה מקום שמונח

שם הגניבה לבעה"ב לכן נוכל ללמוד גנב מהקדש בקל וחומר מה הקדש דגילתה לנו התורה דאינו חל אף על קרקע אם אינו ברשותו כדכתבתי לעיל אף דמצד הסברא אמרינן בכמה דוכתי בש"ס קרקע בחזקת בעליה עומדת אפילו הכי מיעטה התורה דאין הבעלים יכולים להקדישה · מכ"ש גנב דמידי דמטלטל הוא בודאי אין הגונב אחר הגנב משלם כפל דגם בגנב בעינן שיקנה אותה בקנין המועיל בשאר דוכתי כמבואר בכמה דוכתי בש"ס ואחד מהן בב"ק (דף ע"ע) במשנה ובגמרא שם · וכי היכא דאין חל ההקדש על דבר שאינו ברשותו ה"נ אין מועיל קנין בדבר שאינו ברשותו וכן הוא סברת הפוסקים בסימן קכ"ג אליבא דכו"ע בין ללישנא קמא דנהרדעי בין ללישנא בתרא דנהרדעי · ולשיטת הרשב"א סובר לישנא קמא דנהרדעי כן ומש"ה אין הגונב אחר הגנב משלם כפל משום דאין להגנב השני שום קני' בהגניבה מפני שהוא ברשות אחרים דגם בגנב בעינן שיוכל לקנות אותה בקנין המועיל בשאר דוכתי כנ"ל אף שיקנה אותה בע"כ של הבעלים ורק לענין חיוב אונסין · מ"מ בעינן קנין באופן המועיל בשאר דוכתי אם הבעלים רוצין להקנותו [כמו שכתבו התוספות בכתובות (דף ל"א ע"ב) ד"ה וברה"ר נמי קנה · והא דאמר בהמוכר את הספינה (דף פ"ד ע"ב) דאביי ורבא דאמרי תרווייהו דמשיכה לא קני ברה"ר אומר ר"י דלא פליגי אדרבינא דהכא דהא דקאמר דקני היינו לענין להתחייב באונסין אבל אינו קונה שיהא שלו לגמרי וריצב"א נראה לי דפליג דהא במרובה (דף ע"ט) גבי נתנה לבכורות בני דקתני סיפא איכא נמי למידק כמו שמדקדק כאן והתם לענין משיכה דקנין איירי ללשון אחד שפירש שם בקונטרס ואפילו ללשון שני הא מוכח התם בגמרא (דף ס"ה ע"ב) שאין לגנב להתחייב אלא במשיכה הראוי' לקנין עכ"ל וכעין זה מבואר בשיטה מקובצת שם ד"ה אבל זורק וכו' ובהאי דיבור ודע דלקמן פריך תלמודא וכו'] לכן כמו שאם הדבר ברשות אחרים אין הבעלים יכולים לקנותו לשום איש כמו כן גם הגנב אינו יכול לקנותו אם הגניבה אינה ברשות הבעלים רק ברשות גנב הראשון · ומשו"ה סובר הרשב"א ללישנא בתרא דנהרדעי דהקדש וגנב הוי שני כתובים הבאים כאחד ולא ילפינן מינייהו לשאר דוכתי דאין מועיל קנין אם הוא ברשות אחרים · דאי לא תימא הכי דאף בשאר דוכתי ילפינן מהקדש וגנב למה איצטריך רחמנא למיכתב גבי גנב הא די לנו אילו כתב רחמנא גבי הקדש דאין הבעלים יכולים להקדישו אם הוא ברשות אחרים · והוה ילפינן מיניה בשאר דוכתי במטלטלים דיכול להקנות אף אם אינה ברשותו ובגנב דאין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל בכל שכן ובשאר דוכתי במקרקעי דאין יכול להקנותו אם אינה ברשותו בבנין אב · ומדכתב רחמנא גבי גנב וגונב מבית האיש למידרש מיניה דאין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל שמע מיניה דהוי גנב והקדש שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדים לשאר דוכתי :

ובדרך אחר נוכל לומר בקצרה דטעמא דהרשב"א שכתב דלישנא בתרא דנהרדעי סובר דדוקא בהקדש גלי קרא דאין יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו אבל יכול להקנות לחבירו דבר שאינו ברשותו היינו משום דקנין ההקדש הוא באמירה בעלמא לכן אין בהם כח לחול על דבר שאינו ברשותו בקנין דברים בעלמא משא"כ בשאר דברים דשם הקנינים המה חשובין ויכולים לתפוס אף דבר שאינו ברשותו :

וכיון שישבנו כל קושיות הקצה"ח בסימן קכ"ג על דברי הרשב"א הנ"ל וגם שבארנו סברת הרשב"א לפ"ז נוכל ג"כ ליישב שהרמב"ם ג"כ סובר כסברת הרשב"א · ולפ"ז היה קשה לו להרמב"ם מאי פריך הגמרא אדרבי יוחנן בב"ק (דף ס"ט) שכתבתי לעיל מזה דלדידיה דסבירא ליה דאינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו הא איתא במתניתין הלגוטין מחללין מה שביד חבירו ומשני הגמרא דהלגוטין אומרים כל המתלקט וכו' · ואח"כ פריך הגמרא ומי אמר רבי יוחנן הכי הא אמר רבי יוחנן לגוטין ור' דוסא אמרו דבר אחד ורבי דוסא נלקט קאמר דתניא ר' יהודה אומר שחרית בעה"ב עומד ואומר כל שילקטו עניים היום יהא הפקר רבי דוסא אומר לעתותי ערב אומר כל שלקטו עניים יהא הפקר ומשני איפוך דר' יהודה לר' דוסא ור' דוסא לר' יהודה אמאי צריך הגמרא לשינויא דאיפוך דזה אינו שינוי מרווח דלכאורה אין כאן קושיא כלל מהך דאמרי רבי יוחנן לגוטין ור' דוסא אמרו דבר אחד דמדרבי דוסא דאמר לעתותי ערב אומר כל שלקטו וכו' לא קשה דרבי יוחנן סובר דלישנא בתרא דנהרדעי דלא ילפינן שאר קניינים מהקדש לכן אף דאין יכולים הבעלים להקדיש אם אינו ברשותו מ"מ יכולים להפקיר אף אם אינה ברשותו · לכן מדר' דוסא דאמר כל מה שלקטו יהא הפקר לא קשיא לכך דר' יוחנן דאמר דאין הבעלים יכולים להקדישו אם אינו ברשותו · וכי תימא דהגמרא מקשי מדאמר רבי יוחנן דלגוטין ורבי דוסא אמרו דבר אחד לפי זה מוכח דסובר ר' יוחנן כלישנא קמא דנהרדעי דילפינן שאר קנינים מהקדש · לכן שייך לומר בזה דאמרו דבר אחד דכמו דלגוטין סבירא להו דיכולים לחלל מה שביד חבירו דדמי למקדיש דבר שאינו ברשותו דכרם רבעי איקרי קודש דכתיב גביה קודש הילולים (ויקרא י"ט) וגו' וכמו דיכול להפקיע את ההקדש ע"י חילול אף דהוא ברשות חבירו כמו כן יכול להקדישו אף דהוא ברשות חבירו · ה"נ סבירא ליה לר' דוסא דיכולים הבעלים להפקיר אף שהוא ברשות חבירו דהוין דיניהם של שאר קנינין להקדש בזה אבל אי נימא דרבי יוחנן סבירא ליה כלישנא בתרא דנהרדעי דלא ילפינן שאר קנינים מהקדש מה שייך לומר בזה אמרו דבר אחד · דאף אם רבי דוסא יאמר כל שילקטו עניים יהא הפקר והלגוטין ג"כ יאמרו כדקא משני הגמרא כל המתלקט מ"מ לא שייך לומר אמרו דבר אחד דכרם רבעי דהוה הקדש לא שוה בזה לשאר קנינין · אלא ודאי מדאמר רבי יוחנן דלגוטין ורבי דוסא אמרו דבר אחד ור' דוסא נלקט קאמר מוכיח הגמרא דסובר ר' יוחנן כלישנא קמא דנהרדעי דהקדש ושאר קנינין שוין בדיניהם לענין זה · אבל נראה לי דהוקשה ליה להרמב"ם דאכתי לא ניחא פירוש הגמרא דאי מר' דוסא הא ליכא שום קושיא דנוכל לומר דר' יוחנן סבר כלישנא בתרא דנהרדעי ומשו"ה לא קשיא מדר' דוסא על הך דר' יוחנן כדכתבתי לעיל · וגם מהך דר' יוחנן דאמר דלגוטין ור' דוסא אמרו דבר אחד לא קשה דידיה אדידיה דנוכל לומר דכוונת רבי יוחנן דלגוטין ור' דוסא אמרו דבר אחד דכמו דגבי דינא דכרם רבעי דמיירי הלגוטין אף דיש שם שני איסורים · איסור גזל מה שמלקטים עוברי דרכים בלא ידיעת הבעלים וגם איסור רבעי בלא חילול והלגוטין סבירא להו דאינן צריכין לתקן את איסור גזל משום שעוברין העוברי דרכים על לאו דלא תגזול במרד ובמעל אבל איסור כרם רבעי שאלו לא יהי' ברצונם לעבור עליו ולאכול בלא חילול כי המה אינם יודעים שהפירות המה כרם רבעי לכן סבירא להו ללגוטין דאינם צריכין לתקן את איסור רבעי שמניחין את המעות ואומרים כל הנלקט יהי' מחולל על המעות הללו · אבל איסור גזל אינו מתוקן בזה כלל דסבירא להו ללגוטין דזאת אינם צריכין לתקן וכן רבי דוסא ג"כ סבירא ליה דאין הבעה"ב צריך לתקן את איסור גזל מה שילקטו עניים שלא כדין ואין צריכין לומר כל שילקטו עניים יהא הפקר כר' יהודה דלדידיה מתקן ג"כ איסור גזל · ופליג רבי דוסא עליו דאין צריך לתקן את איסור גזל מאחר שעוברין את זה במזיד כלגוטין אך זאת צריך בעה"ב לתקן שלא יכשלו העניים לאכול טבל מפני שאינם יכולים להפריש מתנותיהם ממה שלקטו יותר מדין לקט [ולא אפשר גם בחזרה לבעלים כי הם אינם יודעים אם לקטו יותר מן הדין וכמה לקטו יותר מדינם ואיזה שבלים המה הנלקטים שלא כדין · ולכן אין באפשר לתקנם מאיסור טבל · ואף דהא דלקטו יותר מדאורייתא חד בתרי בטל רק מדרבנן משום דהוי דשיל"מ מ"מ לא יכול להפריש ממקום אחר דהוה מחיוב על הפטור דהא מדאורייתא פטור הוא ממעשר דבטל ברוב וגם מיניה וביה אין יכול להפריש דשמא יקח למתנות שבולת של לקט ויהי' מן הפטור על החיוב מדרבנן ואף אם יזדמן לידו שום

מעשר ממה שלקט שלא כדין יהי' המעשר ג"כ מחויב על הפטור · דהא אינו יודע אם לקט יותר מדינו וגם אם לקט אינו יודע כמה לקט ואינו יודע כמה להפריש והמרבה במעשרותיו פירותיו מתוקנים ומעשרותיו מקולקלים · וגם אי אפשר לתקן באופן זה כדאיתא במנחות (דף ל"א ע"א) תני' אמר רבי שמעון שזורי פעם אחת נתערב לי טבל בחולין ובאתי ושאלתי את ר' טרפון ואמר לי לך קח לך מן השוק ועשר עליו קסבר מדאורייתא ברובא בטל ורוב עמי הארץ מעשרין הן והוה ליה כהורם מן הפטור על הפטור · וה"נ יכולים העניים להפריש מתבואה שיקנו מן השוק דתרוייהו ברובא דפטור דגבי לקט דעניים מדאורייתא ברובא בטל כדכתבתי לעיל וגם מה שיקחו מן השוק הא רוב עמי הארץ מעשרין הן · וע"ש בתוספות בד"ה קסבר וכו' ובפירושי הרא"ש בנדרים (דף נ"ח) אהא דאיתא התם כל דבר שיש לו מתירין כגון טבל וכו' וכתב הרא"ש על זה דכיון שיכול להתיר את האיסור שבו אמרו חכמים דלא בטל ודוקא במינו כגון טבל אם נתערב בחולין יש לו היתר לעשר עליו מעלין שאינו נקוב וכו' עכ"ל ועיין במשנה למלך פ"ה מהלכות תרומות הלכה י"ז מה שכתב על דברי הרא"ש האלו · דנראה לי דאי אפשר לתקן הכי גבי עניים באופן זה דהא יש כאן כספק אם לקטו יותר מן הדין וגמלא דפטורין לגמרי ואם יפרישו מעלין שאינו נקוב או מתבואה שלקחו מן השוק יפרישו מחיוב דרבנן על הפטור לגמרי אף מדרבנן ואם יפרישו מן הלקט על העלין שאינו נקוב או על תבואה הנמכרת בשוק יהיה מן הפטור על החיוב מדרבנן · ואפילו אם לקטו יותר מן הדין הא אינם יודעין כמה להפריש ואין יכולים להפריש לא פחות מן השיעור ולא יותר על השיעור כי יהי' המעשרות מקולקלין · וגדולה מזה כתב הרב בעל משנה למלך שם וז"ל ודע דכתב מהר"ש בתשובה סי' תנ"ג דאין מפרישים מחד דרבנן על תרי מדרבנן והכריע כן מאותה סוגיא דפרק הקומץ ע"ש עכ"ל הרי מוכח דכל שכן כאן דאינם יכולים עניים לתקן אם לקטו יותר מן הדין ומשום הכי אמר ר' דוסא דצריך הבעה"ב לתקן שלא יכשלו עניים באיסור שיאמר לעתותי ערב כל שלקטו עניים יהא הפקר דאיסור טבל אינם יכולין העניים לתקן כדכתבתי] · ולכן אמר רבי יוחנן לגוטין ור' דוסא אמרו דבר אחד · דכי היכי דלגוטין סברי דאין צריך בעה"ב לתקן את איסור גזל משום דהעוברי דרכים עוברים אותו במזיד כמו כן סבירא ליה לרבי דוסא אף שיש שינוי בדבריהם דלגוטין אמרי כל המתלקט ור' דוסא אמר כל הנלקט · מ"מ לא פליגי אהדדי דאין למידין שאר קנינין מהקדש כדכתבתי · וכ"ת מ"מ הא לא אמרו דבר אחד בפירוש בזה הדין דגבי לקט אומר בעה"ב כל הנלקט · וגבי כרם רבעי אומר בעה"ב כל המתלקט ואיך אמר רבי יוחנן דאמרו דבר אחד · הא יכול להיות דפליגי בזה דלגוטין יסברו דגבי לקט צריך לומר כל שילקטו דלמידין שאר קנינין מהקדש · ור' דוסא יסבור דגבי כרם רבעי יאמר בעה"ב כל הנלקט דבעלים יכולים להקדים ולהלל אף מה שאינם ברשותם ופליג אדר' יוחנן · ואיך מוכיח ר' יוחנן דלגוטין ור' דוסא אמרו דבר אחד · זה אינו לפי מה שכתבו התוספות בב"ק (דף ס"ט ע"ב) בד"ה הא לגוטין וכו' · ויש לומר כיון דבמגע אמרו דבר אחד אין חושש אע"ג דלא שנו במשנה וכו' עכ"ל · וכן כתב השיטה מקובלת שם בשם כמה ראשונים וכ"ש הכא דהא לא מצינו דפליגי לגוטין ור' דוסא באיזה דבר רק דנוכל לומר דפליגי · וכיון דמצינו דבדבר אחד שוו הדדי דסבירא להו לתרוייהו דאיסור גזל שעוברים במזיד אין צריך בעה"ב לתקן לכן אמר ר' יוחנן דאמרו דבר אחד · וכיון שכן הוקשה להרמב"ם מאי פריך הגמרא על הך דר' יוחנן דסבירא ליה דאין יכולים בעלים להקדים דבר שאינם ברשותם · הא דאמר ר' יוחנן דלגוטין ור' דוסא אמרו דבר אחד ור' דוסא נלקט קאמר אינו קשה · דיוכל להיות דר' יוחנן סבירא ליה כלישנא בתרא דנהרדעי דאין למדין שאר קנינין מהקדש דאף דאין יכולים להקדים דבר שאינו ברשותו מ"מ יכולים להקנות דבר שאינו ברשותו · לכן לא קשה עליו מדר' דוסא דאף דאמר כל הנלקט יהיו הפקר דהפקר הוא כמו שאר קנינין · וגם מהא דאמר ר' יוחנן דאמרו דבר אחד לא קשה די"ל דלענין דאין צריך הבעה"ב לתקן את איסור גזל אמרו דבר אחד כדכתבתי ומשו"ה הוכיח הרמב"ם לדינא דהפקר מטעם נדר הוא כדמוכח מנדרים (דף ו') הנ"ל עיין בדברינו דלעיל שביארתי את הראיה הזאת · ולכן פריך הגמרא שפיר מהא דאמר ר' יוחנן לגוטין ור' דוסא אמרו דבר אחד ור' דוסא כל הנלקט קאמר כיון דהפקר מטעם נדר והקדש ג"כ מתורת נדר · וכי היכא דסבירא ליה לר' יוחנן דאין אדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו ה"נ אין אדם יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו · ור' דוסא אמר דיכול להפקיר דבר שאינו ברשותו לכן צריך לשנויי איפוך דר' דוסא לר' יהודה וכו' :

וכיון דהוכחתי דסתמא דגמרא בב"ק הנ"ל דפריך דר' יוחנן אדר' יוחנן סבירא ליה דהפקר מטעם נדר והוכרח מחמת זה לתרץ איפוך דלאו תירוץ מרווח הוא מוכח מזה דאי אפשר לומר בענין אחר וגם לא יחלוק שום אמורא על זה דמילתא דפשיטא הוא דהפקר מטעם נדר · ולפ"ז הוקשה ליה להרמב"ם מאי מיבעי ליה להגמרא · ולכאורה נראה מהסוגיא דרב פפא בעי זאת יש יד להפקר או דלמא אין יד להפקר וכו' מי אמרינן היינו צדקה או דילמא שאני צדקה דצדקה לא חזיא אלא לעניים אבל הפקר בין לעניים בין לעשירים ונשארו בתיקו · הא מוכח מגמרא ב"ק (דף ס"ט) הנ"ל דמלתא דפשיטא הוא ואין שום אדם יכול לחלוק דהפקר מטעם נדר הוא ולפי זה בודאי יש יד להפקר כמו שיש יד לצדקה · דהא צדקה ג"כ מטעם נדר הוא וכי היכי דסתמא דגמרא בב"ק משוה הפקר להקדש שיהיה דיניהם שוה מחמת דשניהם מתורת נדר · ה"נ לענין יד ג"כ שוה הפקר לצדקה דיש יד להפקר כיון דשניהם מתורת נדר הם · וכדי לתרץ קושיא זאת מפרש הרמב"ם הסוגיא דנדרים דסברא כסתמא דגמרא דב"ק הנ"ל דמילתא דפשיטא הוא דהפקר מתורת נדר הוא · ואעפ"כ בעי הגמרא יש יד להפקר או לא דסבירא ליה להרמב"ם דיאוש ג"כ מטעם הפקר הוא כדפירש רש"י בגיטין (דף ל"ה ע"א) בד"ה יאוש הוי הפקר עכ"ל ואמרינן בב"מ (דף כ"ג ע"א) כללא דאבידתא כיון דאמר ווי לחסרון כיס מיאש ליה מיניה ולא מצינו בשום דוכתי בש"ס ובפוסקים שיועיל הפקר בזה הלשון · ונראה לי טעמו של דבר דכיון דיאוש הוה כסילוק רשות בעלמא כמו שאכתוב אי"ה לקמן · וגם הדבר שמיאש ליה מיניה כבר אינו ברשותו · לכן די בלשון זה שבלשון זה הוא מסלק אותה מרשותו · משא"כ בהפקר תיכף כשמפקיר הוא בחזקת הרבים · לכן בעינן בהפקר לשון מבואר ביותר שמפקירה לכל שתהא עומדת בחזקת הרבים · ולכן בעי בגמרא יש יד להפקר או דלמא אין יד להפקר מי אמרינן היינו צדקה וכי היכי דבצדקה לא בעינן לשון מבורר שנודר סלע זה לצדקה רק די ביד בעלמא באם מונח לפניו סלע של צדקה וגם סלע של חולין ואמר הסלע של חולין כהדין הסלע של צדקה דיש יד כמו כן בהפקר נמי אמרינן יש יד · או דלמא שאני צדקה דצדקה לא חזיא אלא לעניים · לכן סגי ביד בעלמא דלא בעינן לשון מבורר כיון דאינו רק לעניים בעלמא לא בעינן לשון מבורר שנודע שלצדקה אומר · אבל הפקר בין לעניים בין לעשירים כיון דלכל העולם הוא מפקיר בעינן בלשון מבורר יותר שמפקירו בפירוש ולא סגי ביד בעלמא · ובזה מיושב קושיות הקצות החושן בסימן רע"ג שהקשה על דברי הרמב"ם דהא בגמרא דנדרים איבעיא לן אי הפקר מטעם נדר או לא · מדאיבעי לן בגמרא יש יד להפקר או לא שכתבתי לעיל באריכות קצת · דלפי דברי ניחא דגם להגמרא דנדרים פשיטא ליה דהפקר מטעם נדר והא דאיבעי ליה יש יד וכו' לא תליא בזה כדכתבתי לעיל · ובזה מיושבים דברי הרמב"ם שלא יסתרו דבריו אהדדי דהוא בעצמו כתב דהפקר מטעם נדר הובאו דבריו בטור ובחו"מ (סימן רע"ג סעיף ב') ובדוכתי אחרינא פסק דיש ספק אי יש יד להפקר או לא עיין ברמב"ם פרק ב' מהלכות נדרים הלכה ו' · ולפי דברי הקצוה"ח דתליא הא בהא אי אמרינן דהפקר

מתורת

מהורת נדר יש יד ואי לא אין יד להפקר יסתרו דבריו אהדדי כמובן ולפי מה שכתבתי ניחא ודו"ק :

וכיון דהוכחתי שיטת הרשב"ם מהגמרא דהפקר מתורת נדר והובאו דבריו בטור ושו"ע ושתקו כל האחרונים ולא דברו בזה מאומה · הא בוודאי הסכימו כולם דהפקר מהורת נדר ולא יובן דברי הקצה"ח בסימן קי"ז הנ"ל · שכתב דמלוה על פה גובה מהקדש דמים · וכמו כן גובה מלוה על פה אם נדר איזה כך לצדקה · דכיון דהפקר תיכף כשהפקיר הוא בחזקת רבים וקנה דבר זה לרבים דהפקר עושה קנין · דמה שמסתפק הקצוה"ח בסימן רע"ג הנ"ל אי הפקר עושה קנין או לא · ירצה להביא ראיה מפרק קמא דשבת במה שאמרו שם לב"ש דס"ל שביתת כלים דנר וגיגית אפקורי מפקיר להו נראה דהפקר עושה קנין · דאם אינו עושה קנין אלא דמשום נדרו הוא דאסור לחזור בו א"כ אכתי שלו הוא ומצווה על שביתת כליו וכו' וסתר את"כ את ראייתו ממה שכתב הרשב"א בחידושיו שם דאפקורי מפקיר להו היינו הפקר ב"ד ע"ש שכתב דלב ב"ד מתנה עליהם · א"כ ניחא דהפקר ב"ד וודאי עושה קנין ויוצאה לגמרי מרשות בעלים · ולפענ"ד נראה מדהסכימו כמעט כל הפוסקים שהובאו בבית יוסף בא"ח סימן רמ"ו דאם השאילה או השכירה לעכו"ם והתנה עמו להחזירה לו קודם השבת ועיכבה בשבת יפקירנה בינו לבין עצמו קודם השבת · או יאמר בהמתו קנויה לעכו"ם כדי שינצל מאיסורי דאורייתא · אלא דלכתחילה להשכירנה בסתם ויפקירה ליום השבת סבירא להו קצת מן הראשונים וכן היא דעת הט"ז שם דאסור משום דלא מפרסמא מילתא שהפקירה · והרבה מן הראשונים סבירא להו דאף לכתחילה מותר · אך שיפקיר אותה בפני ג' וכן הוא דעת הב"ח הובאו שם במ"א בס"ק ט' ולפי הנראה כן גם דעת המ"א · ואם הפקירה לכל הימים בוודאי מותר אפילו לכתחילה לכל הדעות · מזה מוכח דכל הפוסקים סוברים דהפקר עושה קנין · וגם מה שהביא הקצה"ח ראיה מפרק ר' אליעזר דמילה (דף קל"א) דהפקר עושה קנין והא"כ דהא אורה בדהיה מועטת · דלפענ"ד אינו מובן דהייתו כלל מהא דאמרינן בחולין (דף קל"ו ע"ב) ציצית אע"ג דכתב רחמנא כסותך דידך אין אבל דשותפין לא כתב רחמנא על כנפי בגדיהם לדורותם וכו' ועיין בא"ח (סוף סימן י"ד ע"ש ודו"ק) · ומה שכתב עוד שם דהפשר לומר שזה הוא שיטת רש"י שכתב דביטול בחמץ מהני משום דכתיב תשביתו · ולא רצה לפרש כפי' התוס' דביטול מטעם הפקר הוא משום דבהפקר אכתי של הבעלים הוא אלא דאסור לחזור משום דכתיב בל יחל דברו · לפענ"ד אינו מובן גם דבריו אלו דוודאי מודה רש"י להתוס' דהפקר מהני שלא יעבור עליו בבל יראה ובל ימצא כדסבירא להו לכל הפוסקים · רק דרש"י כתב הטעם (בדף ד') בד"ה בביטול בעלמא דהא דמהני השבתה בלב משום דכתיב תשביתו · אבל אם מפקיר אותו בפירוש כדין הפקר ע"ז לא צריך למילף מקרא דתשביתו עיין שם ברש"י ותמצא כדברי · אך נראה לי דאין להביא ראיה מחמץ לפי מה שכתב הר"ן בריש פסחים בד"ה ומהו וכו' אלא היינו טעמא משום דנהי דמאי דהוי ברשותיה דאינש לא מצי מפקיר ליה כי האי גוונא · חמץ שאני לפי שאינו ברשותו של אדם אלא שעשאו הכתוב כאלו היא ברשותו · ומשום הכי בגילוי דעתא בעלמא דלא ניחא ליה דלהוי זכותא בגוויה כלל סגי וכו' עד כאן לשונו · ולפי דבריו הקדושים נוכל לומר דהפקר אינו עושה קנין ואפילו הכי אי מפקירו אינו עובר בבל יראה ובל ימצא לפי שאינו ברשותו אלא שעשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו לפיכך כשמפקירו דלא ניחא ליה דלהוי ליה זכותא בגווה כלל סגי · אינם לפענ"ד נראה להביא ראיה נגד מסקנתיה שהבאתי לעיל במה שכתבתי שדברי הקצה"ח אינם מובנים לי שמתוך הדברים הללו מוכח שהפקר עושה קנין נראה לי להביא עוד ראיות דהא חזר וזכה פטור מן המעשר ולענין נודר הנאה מחבירו ואין לו מה שיאכל דיכול להפקיר ויזכה חבירו ואם יכול לחזור רק איסור יש בו וא"כ גוף החפץ שייך להמודר ואמאי מותר הא נהנה מחבירו ועיין בנדרים (דף מ"ד) ולאחר שגמרתי בלבי להביא ראיות האלו מצאתי לקדוש אחד הוא הרבינו בעל דברי משפט שהביא ג"כ ראיות אלו ממעשר ומנדרים ותודה לאל שכוונתי לדעתו הגדולה · עוד נראה לי להביא ראיה מהא דאמרינן בכמה דוכתי דמפקיר נזקיו פטור והאי מאן בב"ק (דף כ"ט ע"ב) אתמר מפקיר נזקיו רבי יוחנן ורבי אלעזר חד אמר חייב וחד אמר פטור ואם נימא דהפקר אין עושה קנין אכתי ברשות בעליו הוא רק דאסור לחזור בו משום איסור בל יחל דברו ומאי טעמא דמאן דפטור מפקיר נזקיו הא ממונו שלו הזיק · ואף למאן דמחייב מבואר שם בגמרא מהמת טעמא אחרינא ומוכח מזה דהפקר עושה קנין ויוצא מרשות בעליו ומש"ה פטור מפקיר נזקיו דלאו ממונו הזיק · וגדולה מזה הוכיח השיטה מקובצת לב"ק (דף י"ג ע"ב) ד"ה רבינא אמר וכו' ובאותו דיבור ודע וכו' וזה לשון הרב רבינו יהונתן ז"ל כשהקדש וזכה ולהכי תפטר דבעינן שיהיה לו בעלים משעה נגיחה עד שעה שעמדה בדין דאי לאו הכי מפטר · ואע"ג דאמרינן מכרו מזיק אינו מכור אליבא דדברי הכל לא דמי הפקר למכר לפי שהלוקח הוא דאפסיד אנפשיה שקנה אותה ונתן לו דמים שאע"פ שנתן לו הדמים עדיין שם הבעלים הראשונים עליו והוי כאילו לא מכר אבל כשהפקיר פקע שם בעליו ממנו וכו' עכ"ל · הרי הוכיח דהפקר עדיפא ממכר דכשהפקיר פקע שם בעליו לגמרי · ולפי זה מוכח דהפקר עושה קנין וכן מוכח מהירושלמי ריש פרק שני דפיאה דאיתא התם אמר ר' שמעון בן לקיש טעמייהו דב"ה (פירש דאמרי ב"ה דאינו הפקר עד שיפקירנו בין לעניים בין לעשירים) תשמטנו מה תלמוד לומר ונטשתה יש לך נטישה אחרת שהיא כזו מה זו בין לעניים בין לעשירים אף מה שנאמר במקום אחר בין לעניים בין לעשירים וכו' עכ"ל הירושלמי · הרי דב"ה ילפי הפקר משביעית ובשביעית הא הפירות יוצאים מרשות הבעלים לגמרי :

וכיון שהוכחנו דהפקר עושה קנין ויוצאים מרשות הבעלים לגמרי ועומד הדבר שהפקיר בחזקת הרבים · וגם הוכחנו לעיל שכולם מסכימים לדעת הרשב"ם דהפקר מתורת נדר והוכחנו זאת בראיות ברורות · וצדקה עדיפא מהפקר כדמוכח מנדרים (דף ז') הנ"ל דאיתא התם דהי אמרינן דאין יד לצדקה בוודאי אין יד להפקר והא דבעי אם יד להפקר או לא הוא רק אם תמצא לומר דיש יד לצדקה · ע"ש שכן איתא התם בהדיא · וכיון דהפקר פקע שם בעליו משהפקירו ועומדת בחזקת הרבים כל שכן דאמרינן בצדקה דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי · ולעיל מבואר עוד ראיה לזה וגם כתבתי לעיל שכתב רבינו בעל מחנה אפרים בהלכות צדקה סימן ח' שכן דעת הרא"ש בתשובותיו בכלל כ"ח והריטב"א במסכת קדושין ובהגה"ה ז"ל וגם הבאתי לעיל עוד פוסקים שסוברין כן וכן פסק הרמ"א ביו"ד סימן רנ"ח סעיף י"ג וז"ל דכל אמירה שיש בה רווחא לצדקה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט והאחרונים שתקו על זה ומוכח מזה שהסכימו לפסק הרמ"א · אף בבה"מ סימן רי"ב סעיף ח' הובאו שם שני דיעות אי ילפינן לצדקה מהקדש בהקדש כתיב כל נדיב לב עולות שאם גמר בלבו להקדיש שתהיה הבהמה הזאת עולה הרי זה הקדש אי גמרינן לדקה מניה או לא · נוכל לומר דדוקא בזה הדין נחלקו הפוסקים אי גמרינן צדקה מקדשי מזבח דכל זמן שלא הוציא מפיו לא הוי נדר כלל · עיין בשבועות (דף כ"ו ע"ב) אמר שמואל גמר בלבו וכו' ועי' ביו"ד ריש סימן ר"י לכן לא נוכל למילף מקדשי מזבח דלא התמירו כולי האי שיהיה די במה שחשב בלבו אבל כשהוציאו מפיו מה שנדר לצדקה וחל הנדר עליו דמיו לקדשי מזבח כי היכי דאמרינן גביה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ה"נ אמרינן גבי צדקה דאמירתו כמסירתו דמי · וגם גאון הגאונים בח"מ סימן רי"ב הנ"ל ס"ק כ"ד בביאורי הגר"א נראה שמסכים דמהני מה שגמר בלבו אף גבי צדקה והביא הרבה פוסקים שסוברין כן וביותר מוכח מדברי הגר"א בא"ח סעיף תקנ"ג סעיף א'

ממה שכתב אבל לדידן דקיימא לן דאף קבלה בלב סגי עכ"ל · וכיון שהוכחנו דאמרינן גבי צדקה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכל שכן בהקדש דמים · לפי זה מלוה על פה אינו גובה מהקדש דמים וגם מצדקה כיון דאמרינן גבייהו אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט הוי כמו מכר ומתנה דאינו גובה מלוה על פה מהם · וכן הוא דעת בעל המאור בסוף פרק גט פשוט במה שהשיג על הרי"ף בהסוגיא אמר ר"ה ש"מ שהקדיש כל נכסיו וכו' חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש · וכן מוכח מדעת הרמב"ן שם במה שטרח ליישב דברי הרי"ף · ואף למה שכתבנו לעיל מדברי התוספות דערכין (דף כ"ג) הנ"ל דלפי מה שכתבו התוספות בסוטה (דף כ"ה) דמודה בשטר גם ב"ה סברי דכגבוי דמי ולפי זה כתבתי לעיל בהקדיש כל נכסיו לקדושת דמים שמסתמא הלוה מודה דאין אדם חוטא ולא לו וגובה אף ממטלטלים שהקדיש אף דהוה כמכר · לפי זה אם נימא דהרי"ף סובר ג"כ כשיטת התוס' הנ"ל דכתב הש"ך בסימן קע"ו וס"ק ל"ב מיושב דברי הרי"ף בפרק גט פשוט כפשוטו דלכן גובין מלוה על פה ממה שהקדיש כל נכסיו כיון דמסתמא הש"מ מודה הוי כגבוי כדכתבתי לעיל בשיטות ראיות קצה"ח מתוס' ערכין (דף כ"ג) ע"ש · אך הרמב"ן לא סבירא ליה כדברי הש"ך דהרי"ף יסבור כשיטת התוס' הנ"ל אלא סבירא ליה דהרי"ף יסבור כפי דעתו דלא אמרינן דהוי כגבוי אלא היכא דעשאו אפותיקי הובאו דבריו בש"ך שם [ומה שהוכיח הש"ך שם מדברי הרי"ף דסובר כדברי התוס' לפענ"ד איני מבין הוכחתו כלל דהרי"ף לא הוצרך לפרש דמאי דאמרינן על היתומים להביא ראיה מיירי באפותיקי מפורש דכבר מפורש זאת בדבריו ממה שהביא לשון הגמרא ארעא כיון דלגובייניא קיימא דמוכח מזה דמיירי באפותיקי מפורש · דאי לא היכי אמרינן דקיימא לגובייניא ואפילו לוקח מצי מסלק ליה בזוזי כדאמרינן בסמוך שם וכש"כ יתומים · עי' בנימוקי יוסף שם דמבואר שם הוכחה זאת ובשיטה מקובלת שם מבואר יותר דמלתא דפשיטא היא דמיירי באפותיקי מפורש לכן לזו הוצרך לפרש דמילתא דפשיטא הוא · אך במה דאמר רב נחמן אמר שמואל הוצרך לפרש דמיירי באפותיקי מפורש דלאו מלתא דפשיטא הוא דלהד מאן דאמר מיירי בלא אפותיקי מפורש עיין שם בסוגיא] · ולפי זה לא מוכח מדברי הרי"ף מידי לכן סובר הרמב"ן דהרי"ף סובר כדעתו דדוקא אם עשאה אפותיקי אז אמרינן דהוי כגבוי · לכן הוצרך ליישב דברי הרי"ף בדרך אחר · אך נ"ל דאם הקדיש לקדושת דמים אף לשיטת הרמב"ן גובה מלוה על פה מהן דהוי כגבוי אף אם לא עשאה אפותיקי כיון דהקדיש כל נכסיו ואין לו ממה לגבות ממה נפשך שיעבודו גבי הקדש כדהבאתי לעיל ראיה לזה הסברא מכתובות (דף ק"ט ע"ב) ומ"מ הוצרך הרמב"ן ליישב דברי הרי"ף כמו שכתב הוא דשכיב מרע שהקדיש מיירי נמי שהקדיש לצדקה דהטעם דאמרינן בגמרא חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש שייך נמי גבי צדקה וגבי צדקה לא שייך סברא דמ"מ שיעבודיה גבי צדקה דצדקה עומדת להתחלק לכמה עניים ולכן כל או"א יוכל לדחותו ולומר שיעבודך לאו גבי דידי זיל לגבי אחרינא · לכן הוצרך הרמב"ן ליישב בדרך אחר כמו שכתב שם · ולפ"ז מוכח מדברי הרי"ף לשיטת הרמב"ן שהעיקר כדעת המשנה למלך וכן מוכח מדברי הש"ך בסימן רנ"ה במה שהאריך ליישב דברי הרי"ף הנ"ל · והקצה"ח שם השיג את דברי הרי"ף שלא כדבריהם ומיאן בישובם וכתב שדעת הרי"ף כדבריו דמלוה על פה גובה מהקדש דמים · ולפי מה שהוכחנו לעיל דמלוה על פה אינו גובה מהקדש דמים ומצדקה מיושבים דברי הרי"ף כדברי הרמב"ן במלחמותיו שם וכדברי הש"ך הנ"ל :

לפי זה מוכח מכל המקובץ דמלוה על פה אינו גובה מהקדש דמים ומצדקה אך באופן שיסכימו רבותי עמי בזה לפסוק כדברי הקצה"ח בזה. והמה יכריעו ולא אני כי מי יבוא אחרי המלך וגו' :

אך אכתי נשאר לנו לברר · לפי מה שהבאתי לעיל דברי הרמב"ם וכתבתי שכל הפוסקים מסכימים לדבריו דהפקר מתורת נדר דלכאורה יקשה עליו מכריתות (דף כ"ד ע"א) אמר ר' כרוספדאי אמר ר' יוחנן שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה בו ופירש רש"י על זה זכה בו דהפקר הוא משנגמר דינו עכ"ל רש"י ולפי מה שכתב הרמב"ם דהפקר מתורת נדר הא איתא בשבועות (דף כ"ו) אמר שמואל גמר בלבו צריך שיוציא בשפתיו וכן נפסק בשו"ע יו"ד ריש סימן ר"י וא"כ אמאי שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זכה בו מטעם שבעליו הפקירוהו הא לא הפקירו רק בלבו בעלמא ואי אמרינן דהפקר מתורת נדר הא צריך להוציא בשפתיו שמפקירו כדין נדרים · וכי תימא דהרמב"ם סבירא ליה דגבי צדקה מהני אף אם חשב בלבו כפי הדיעה המבוארת בחו"מ סימן רי"ב הנ"ל · זה אינו דדוקא גבי חשב בלבו ליתן כך מה לצדקה דדמי להקדש דענייה משולחן גבוה קאכלי לכן שייך לומר גבי צדקה דילפינן מקדשי מזבח דמהני מה שחשב בלבו אבל נדרים בעלמא כגון שנודר שלא לאכול פת · דלא דמי כלל להקדש בוודאי לא ילפינן מקדשי מזבח דיהא נדר מה שגמר בלבו וליכא שום דיעה שסוברת כן · וראיה לדברי דהא בח"מ סי' רי"ב הנ"ל הביא שני דיעות בצדקה וביו"ד ריש סי' ר"י הנ"ל פסק השו"ע בסתימות ולא הביא שום דיעה דיהא נדר אם רק גמר בלבו אלא ודאי כדכתיבנא ולאחר שגמרתי בלבי לומר כן ראיתי בביאורי הגר"א בחו"מ סימן תקס"ב סעיף ו' שכתב ג"כ כדברי ושמחתי מאוד שכוונתי לדעתו הגדולה והרחבה · וכיון שכן יהי' קשה אמאי שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה בו · הא רק בלבו הפקירו · ולפי מה שכתב הרמב"ם דהפקר מתורת נדר לא מהני מה שגמר בלבו להפקירו וכן נמי לכאורה קשה על דעת הרמב"ם הנ"ל מר"ה (דף ט"ו ע"א) אמר ליה אביי בשלמא סיפא לחומרא אלא רישא פטורה מן הביעור אמאי דאמרינן זיל בתר חנטה אי הכי תחייב במעשר אמר ליה יד הכל ממשמשין בה ואת אמרת תחייב במעשר ופירש"י יד הכל ממשמשין בה נהי דלא מחייב לאפקורי דלא נהגה בה שביעית מיהו כל שדות פרדסות הפקר הן בשביעית ואין אתרוג זה נשמר בזה לבדו ועל כרחו הכל ממשמשין בו והפקר פטור מן המעשר עכ"ל רש"י ולפי שיטת הרמב"ם דהפקר מטעם נדר הוא אף אם מפקירו בלבו בעל כרחו לא הוי נדר כלל ואמאי הוי הפקר לפטור מן המעשר · וכן נמי לכאורה קשה מהא דאמרינן בכמה דוכתי בש"ס ואחד מהן בב"ק (דף מ"ה ע"א) סתם גנבים אפקורי מפקיר להו אמאי הוי הפקר הא הפקירו בלבו ולא הוי הפקר לשיטת הרמב"ם דהפקר מתורת נדר הוא :

ואפתח לתרץ את קושיתי האחרונה ומתוך זה יתיישבו כל הקושיות הנ"ל · ונ"ל דהא איתא פלוגתא בנדרים (דף מ"ג ע"א) במשנה היו מהלכין בדרך ואין לו מה יאכל נותן לאחר משום מתנה והלה מותר בה · אם אין עמהם אחר מניח על הסלע או על הגדר ואומר הרי הן מופקרין לכל מי שיחפוץ והלה נוטל ואוכל ורבי יוסי אוסר אמר רבי יוחנן מאי טעמא דר' יוסי קסבר הפקר כמתנה מה מתנה עד דאתי מרשות נותן לרשות מקבל אף הפקר עד דאתי לרשות זוכה הרי חזינן דר' יוסי סובר דאף אם מפקירה אינו יוצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה · עיין שם ברש"י ובהרא"ש ובהר"ן לכן אף לת"ק דפליג עליה וסבירא ליה דתיכף כשמפקירה הוא יוצא מרשות הבעלים וכוותיה פסקינן ביו"ד סימן רכ"א סעיף ע' היינו דוקא היכא דמפקירו בפה בפירוש דאסור לחזור בו לפי שיטת הרמב"ם דהפקר מתורת נדר משום דעובר על בל יחל דברו כמבואר בפוסקים עיין בקצות החושן סימן רע"ג · אבל היכא דמפקירו רק בלבו אינו יוצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה · וכ"ת איך מהני כהאי הפקר שמפקירו בלבו הא הוי דברים שבלב ואינם דברים דנראה לי היכא שהכל יודעים ומבינים שמפקירו בלבו בזה אמרינן דדברים שבלב הוי דברים עיין בקצה"ח ריש סימן י"ב שכתב גם כן

דהיכא

דהיכא דידוע לכל העולם מה שבלבו לא הוי דברים שבלב רק היכא דאין ידוע לכל מחשבתו הוי דברים שבלב · והביא ראיה ממרדכי גבי נדרי אונסין עיין שם · וכן כתב מהרי"ט בח"ב בחו"מ סימן מ"ה דהיכא שמוכח מחשבתו לא הוי דברים שבלב · והרבה להביא ראיות מהגמרא ע"ש · ואף דהוי הפקר היכא דהכל מבינים שמפקירו בלבו · מ"מ מותר לחזור עד דאתי לרשות זוכה · ומודה לזה ת"ק לר' יוסי דסבירא ליה דמותר לחזור אף שמפקירו בפירוש עד דאתי לרשות זוכה ות"ק לא פליג עליה רק היכא דמפקירו בפירוש דאיכא איסורא דבל יחל דברו · אבל כשמפקירו בלבו דאז לא שייך בל יחל כיון דלא הוציא בשפתיו אף ת"ק סבירא ליה דמותר לחזור בו עד דאתי לרשות זוכה אבל כל זמן שלא חזר ממנה שהפקירו בלבו הוי הפקר כמו הפקר שמוציאו בפיו בפירוש דכיון דהכל יודעים ומבינים שמפקירה בלבו לא הוי דברים שבלב · לכן גבי גללים כיון דהכל מבינים דמפקירם בלבו אף דמותר לחזור · מ"מ כל זמן שלא חזר הוי הפקר כמו שהפקירו בפירוש בפיו וכן גבי אתרוג כיון דיד הכל ממשמשין בו הרי הכל מבינים שמפקירה בלבו והוי הפקר דלא הוי דברים שבלב אף שמותר לחזור בו מ"מ כל זמן שלא חזר בו הוי הפקר כמו שמפקירו בפיו · ומש"ה פטור מן המעשר [וזאת הסברא שכתבתי דמהני מה שמפקירו בלב ולא הוי דברים שבלב מוכח ג"כ מיניה וביה אף אם נימא שלא כדעת הרמב"ם דהפקר מתורת נדר הוא · דהא לא כן אמאי אמרינן בגמרא דהתם גללים אפקורי מפקיר · וכן גבי אתרוג דאמרינן כיון דיד הכל ממשמשין בה הוי הפקר · וכן גבי שור הנסקל שהוזמו עדיו דהוי הפקר · ואי לא אמרינן דהיכא דהכל יודעים ומבינים שהפקירו בלבו דהוה הפקר גמור אמאי אמרינן בהו דהוי הפקר · אלא ודאי כדכתבתי] · לכן ניחא מאי דקשיא לן משור הנסקל דבה איתא בזה הלשון שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה בו וכן מבואר ברמב"ם סוף פרק י"א מהלכות נזקי ממון וז"ל שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה · שהרי משנגמר דינו הפקירו בעליו וכו' עכ"ל · מדאמרו בזה הלשון כל הקודם זכה בו ולא אמרו שהם דהוי הפקר · מוכח מזה דרק לענין זה הוי הפקר דכל הקודם זכה בו · אבל לענין דלהוי הפקר דאסור לחזור בו כמו דאמרינן בשאר דוכתי גבי הפקר לא אמרינן · אלא מותר לחזור דהפקר מתורת נדר כשיטת הרמב"ם · ולכן אפילו הפקירו בלבו מותר לחזור בו כיון דליכא איסורא דבל יחל · ולפ"ז אדרבה מוכח מכאן דר' יוחנן בהך דשור הנסקל דהפקר מתורת נדר כשיטת הרמב"ם דאל"כ אמאי לא אמרי' בגמרא סתם שור הנסקל שהוזמו עדיו הוי הפקר ואם נימא כדעת הרמב"ם ניחא כדכתבתי · אך נראה לי דנוכל לומר דאין ראיה מהך דכריתות לשיטת הרמב"ם · דלכאורה צריכין להבין דהא הוכחתי מכמה מקומות בגמרא דהיכא דאיכא הוכחה שמפקירה בלבו הוי הפקר כדכתבתי לעיל · ומנא לה להגמרא זאת דדילמא לא הוה הפקר עד שיפקירנה בפירוש · דגדולה מזה אמרינן בנדרים (דף מ"ה ע"א) אמר ר' יוחנן משום ר' שמעון בן יהוצדק כל המפקיר בפני שלשה הוי הפקר בפני שנים לא הוי הפקר · ופירש הר"ן על זה דכיון דליכא קלא אדעתא דידהו בלחוד אפקריה ודמי למתנה וכו' עכ"ל · ולכאורה היכי מהני מה שמפקירה בלבו אף דאיכא הוכחה לזה · הא ליכא קלא ולא עדיפא ממפקיר בפירוש בפני שנים · לכן נראה לי דילפינן זאת מדאמרה התורה דמהני יאוש באבידה עיין בב"ק (דף ס"ו ע"א) ברש"י ד"ה מוצא אבידה ובתוס' שם בד"ה מוצא וכו' דכתבו דלהכי דמהני יאוש יש לימוד מן התורה וסגי אם יאמר ווי לה לחסרון כיס כדאיתא בב"מ (דף כ"ג ע"א) וזה לא הוי כמו שמפקירה בפירוש · דאדרבה לפי שיטת התוס' וסייעתם יאוש לא הוי מתורת הפקר כידוע ואציין אחד מהם עיין בב"ק (דף ס"ו ע"א) בתוס' ד"ה כיון וכו' · לכן אף לשיטת רש"י בגיטין (דף ל"ח ע"א) דיאוש הוי הפקר ג"כ לא הוי יאוש כמו שמפקירה

בפירוש · והסברא נותנת כן דווי לה לחסרון כיס אינו לשון הפקר רק לשון דאגה על אבידתו ומחפש תחבולות באיזה אופן ימצאהנה לכן מוכרחין אנו לומר דאף לשיטת רש"י וסייעתו דיאוש מטעם הפקר סברתם הוא כך · כיון דאמר ווי לה לחסרון כיס איכא הוכחה שמפקירה בלבו והוה הפקר כמו שכתבתי · ובזה נראה לי ליישב מאי דהקשו האחרונים על תוס' ב"ק הנ"ל שכתבו שם מכאן משמע שיאוש אין כהפקר גמור דא"כ אפילו בתר דאתא לידיה באיסורי יוכל לקנות מן ההפקר וכו' עכ"ל · דזה תימא דהא מסיק לקמן בפרקין דכמו שאין הנגזל יכול להקדיש מה שביד הגזלן לפי שאינו ברשותו כמו כן אינו יכול להפקירו עיין שם במתניתין דלגוזין (דף ס"ט) ועיין במחנה אפרים בהלכות זכיה מן ההפקר סימן ז' ומבואר שם ג"כ קושיא זאת · ולפי מה שכתבנו קושיות התוס' אתי שפיר דסברתם דאף אם נימא כשיטת רש"י דיאוש הוי מטעם הפקר . מ"מ בודאי לא הוי כהפקר גמור דהא לא הפקירו בפירוש רק דאיכא הוכחה מדאמר ווי לה לחסרון כיס שמפקירה בלבו כדכתבתי לעיל · לכן לא הוי רק כעין סילוק רשות בעלמא שמסלק את האבידה מרשותו שיוכל לזכות בה המוצא דאם היה מפקירה שיהא הוהו קנין שתהיה עומדת האבידה ברשות הכל היה מפקירה בפירוש וסברא זאת כתבתי ג"כ לעיל בפרח זה · לכן הקשו התוספות על רש"י אפילו בתר דאתא לידיה באיסורי למה לא מהני יאוש לשיטתו · דאף דאמרינן במתניתין דלגוזין דאין יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו · שאני התם דאם אינו ברשותו אינו יכול להפקיר שתהיה על ידי הפקר זה ברשות הכל שהפקר יעשה קנין לכן בעינן שיהיה הדבר שהפקיר ברשותו · משא"כ הכא דאף אם נימא דיאוש הוי הפקר לא הוה אלא סילוק רשות בעלמא ובודאי עדיפא דיוכל לסלק את רשותו מאיזה דבר אם אינו ברשותו מאם היה הדבר ברשותו · לכן לא מצינו דמהני יאוש אלא באבידה או בגזילה כשאינו ברשותו · אבל בהפקר שעושה קנין שעומדת ברשות הכל אינו מועיל רק אם הוא ברשותו דאינו יכול להעמידה בחזקתם רק אם הוא ברשותו דאין להקנין של הפקר כח לחול אם אין הדבר ברשותו · לכן הקשו על שיטת רש"י · ונראה לפי עניות דעתי ליישב גם את שיטת רש"י דרש"י סבירא ליה דאם מפקירו בלבו הוי הפקר גמור · ויליף לה אליבא דר' יוחנן מדאיתא בירושלמי ריש פרק שני דפיאה דטעמייהו דב"ה דאינו הפקר עד שיפקיר אף לעשירים מדכתב רחמנא לעני ולגר תעזוב אותם דלמה ליה למכתב אותם ש"מ דאותם מיעוט זו לעניים ולא לעשירים אבל מה שאמר במקום אחר בין לעניים בין לעשירים עכ"ל הירושלמי בשינוי לשון כדי לקצר · ולדידיה מוכח דגם אם מפקירן בע"כ הוה הפקר לפי מאי דאיתא בב"מ (דף ל"ח ע"ב) דתניא היורד לנכסי שבוי אין מוציאין אותו מידו וכו' ואמר רבי שמעון בן גמליאל שמעתי שהנטושין כשבוין · היורד לנכסי רטושין מוציאין אותו מידו וכו' ופריך הגמרא מאי שנא הנך דקרו להו נטושין ומאי שנא הנך דקרו ליה רטושין נטושין דבע"כ דכתיב והשביעית תשמטנה ונטשתה אפקעתא דמלכא רטושים דמדעתן דכתיב אם על בנים רוטשה וכו' : הרי מוכח מכאן דהיכא דמפקירה מחמת אפקעתא דמלכא מיקרי בע"כ וגבי מתנות עניים דכתיב לעני ולגר תעזוב אותם דעזיבתן הוא רק מחמת אפקעתא דמלכא ואותם בא למעט רק דזו לעניים ולא לעשירים אבל במקום אחר בעינן בין לעניים בין לעשירים · אבל לא בא אותם למעט דבמקום אחר לא מהני עזיבה בע"כ דאי לא תימא הכי מנא ליה לב"ה דהפקר בעינן בין לעניים בין לעשירים מדכתיב אותם למעט דלמא לא בא המיעוט דאותם רק למעט דלא מהני עזיבה בע"כ למקום אחר · וכי תימא מנא ליה לב"ה הא · די"ל דטעמא דב"ה הוא דמסתמא דבר דמפרשי ביה ממעט היינו בין לעניים בין לעשירים דכתיב לעני ולגר וכו' · אבל לא ממעט דבר דלא מפרשי קרא ביה היינו עזיבה דבע"כ · וכי תימא דקאי מיעוטא דאותם אתעזוב ולמיעוטי דבמקום אחר לא תהני

הפקר דבע"כ : דיש לומר דטעמא דב"ה הוא כך דהאי תעזוב לכאורה מיותר והוא בא רק לרבות כדאמרינן בב"ק (דף כ"ח ע"א) אלא תעזוב יתירה דכתב רחמנא למה לי מיבעי ליה לכדתניא המפקיר כרמו והשכים בבוקר ובצרו חייב בפרט ובעוללות ובשכחה ובפיאה ופטור מן המעשר : ואם נימא דקאי אותה אתעזוב למעט בע"כ במקום אחר · נמצא דתיבת תעזוב יבוא למעט ג"כ דבלא תעזוב לא יכל למעט מתיבת אותם עזיבה בע"כ כמובן · ולא מסתברא להו לב"ה דתיבה אחת תבוא לרבות ולמעט לכן קאמרי ב"ה דתיבת אותם קאי על לעני וכו' ובא למעט דבמקום אחר צריך שתהא העזיבה בין לעניים ובין לעשירים · וגם נוכל לומר דסברת ב"ה דמסתברא להו דאותם קאי על גוף הקרא היינו על לעני וכו' ולא על תעזוב דהוא רק יתורא לרבויי מיניה דאם זכה ביה המפקיר עצמו דחייב בלקט וכו' · וגם איכא דריש לקיש דאמר דטעמא דב"ה דאמרי דהפקר הוא דוקא עד שיפקיר בין לעניים ובין לעשירים משום דיליף לה משמיטה מזה מוכח דכמו דבשמיטה אף דהוי בע"כ שהוא רק הפקעתא דמלכא כדאיתא בב"מ (דף ל"ח) הנ"ל מ"מ הוי הפקר · הכי נמי ג"כ במקום אחר מהני הפקר בע"כ · וכיון דבין אליבא דר' יוחנן ובין אליבא דריש לקיש מוכח מן התורה דהפקר בעל כרחו מהני · מוכח נמי דאם מפקירו אך בלבו ג"כ מהני דמה שמפקירו בפה בעל כרחו לא מהני אמירתו כלל כיון דהוי בעל כרחו רק דהוי הפקר משום דהפקירו בלבו ואשה דעתיה מניה : וכעין סברא זו איתא ברש"י בכמה מקומות ועיין בגיטין (דף ל' ע"א) ברש"י ד"ה במכירי כהונה וכו' ובב"מ (דף י"ב ע"א) ברש"י ד"ה אלא אמר אביי וכו' עיין שם שם מבואר בהדיא כעין סברא זו · ואף שבר"ה (דף ט"ו) הנ"ל איתא ורב המנונא אמר בת שביעית שנכנסת לשביעית לעולם שביעית ובת שביעית שנכנסת לשמינית לעולם שביעית וכו' · דלכאורה משמע דרב המנונא סובר דהפקר בע"כ לא הוה הפקר · דפליג אדרבי ינאי דאיתא לעיל מיניה דאמר יד הכל ממשמשין בה ואת אמרת חייב במעשר עיין בלשון הגמרא שהעתקתי לעיל · אך נראה לי דלפי פירש"י שם מוכח איפכא דגם רב המנונא סובר דהפקר בע"כ הוה הפקר דזה לשון רש"י בד"ה רב המנונא אמר לעולם שנית חייב במעשר דכיון דשביעית לא נהגה בה ולא הפקרה דמלכא היא · משמום יד הכל שבה הינו אלא גזל ואין הפקר כזה פטורה מן המעשר עכ"ל ולכאורה סתרי אהדדי שמתחלה כתב דמשמוש יד הכל שבה הינה אלא גזל דמשמע מזה שאף ריח הפקר אין בה רק גזל בעלמא · ואח"כ מסיים ואין הפקר כזה פטורה מן המעשר דמשמע מזה דהוי הפקר כיון שיד הכל ממשמשין בה רק דלא הוי הפקר גמור לפטור מן המעשר · ולפענ"ד דכוונת רש"י הוא כך · דמתחילה כתב לאו הפקרה דמלכא הוא פירש דאם היה הפקרה דמלכא אף דהוי בע"כ כדמוכח מב"מ (דף ל"ח) שהבאתי לעיל מ"מ הוי הפקר גמור כיון שמפקירה בלבו כדהוכחתי לעיל · אך כיון דשביעית לא נהגה בה לאו הפקירה דמלכא הוא שיהא הפקר בע"כ · וכ"ת כיון שהניח האתרוג להיות יד הכל ממשמשין בה אומדנא דמוכח הוא והוי כמוציא מפיו שמפקירה בע"כ · לכן כתב רש"י משמוש יד הכל שבה הינה אלא גזל פירש דליכא אומדנא דמוכח כולי האי שמפקירה בע"כ מחמת משמוש יד הכל שבה · דאולי בלבו מחשב שמה שיד הכל ממשמשין בה אינו אלא גזל לכן ליכא אומדנא דמוכח שמפקירה בע"כ · ומ"מ קצת הוכחה איכא שמסלק את רשותו מהאתרוג כיון דשבק יד הכל למשמש בה · וכיון דמסלק את רשותו מיקרי קצת הפקר כדכתבתי לעיל אך אין הפקר כזה פטור מן המעשר דהא לא הפקיר הפקר גמור אלא סילוק רשותו בעלמא ולכן מסיים רש"י ואין הפקר כזה פטורה ממעשר ומדוקדק פירושי בכוונת רש"י בלשונו הזהב כשתעיין היטיב · ולפי זה מוכח איפכא דהיכא שמפקירה בלבו הוה הפקר גמור כיון דאם מפקירו בע"כ הוי הפקר והאמירה דבע"כ הוי אמירתו כמאן דליתא · והא דהוי הפקר הוא מחמת שמפקירו בלבו כמו דכתב רש"י בגיטין ובבבא מציעא הנ"ל :

וכיון שכן דרש"י סבירא ליה דהפקר בלבו הוה הפקר גמור וילפינן לה ממקום אחר מן התורה לבד מיאוש כדכתבתי לכן מיושב קושיות התוס' של רש"י דכיון דמיאש דאמר ווי לה לחסרון כיס בודאי הפקירה והוי הפקר גמור שעושה קנין ועומדת האבידה ברשות המוצא ולכן לא מהני אם מיאש לבתר דבא לידו באיסורא דאין הפקר חל על דבר שאינו ברשותו · וכ"ת דשומר האבידה דין שומר עליו כדאיתא בב"מ (דף כ"ט ע"א) ורשות שומר הוא כרשות בעליו כדכתבו התוס' בב"ק (דף ע') ד"ה לא כתבינן וכו' דיש לומר דהיינו דוקא היכא דקיבל עליו שמירתו בפירוש מה שאין כן בשומר אבידה דלא קיבל עליו השמירה בעצמו רק דהתורה הטילה עליו חיוב השמירה · וסברא זו דיש חילוק בין היכא דקבל עליו בפירוש לשמור ובין היכא דהתורה הטילה עליו את השמירה מוזכרת בשער המשפט סימן ש"ו סעיף קטן ל"ד והוכיח אותה בראיה ברורה לפי דעתו · לכן היכא דבא לידו באיסורא לא מהני יאוש אף דהוי שומר מדין תורה מ"מ רשותו אינה כרשות בעלים כיון דלא קבל עליו בפירוש לשמור אבל היכא שבא לידו בהתירא מהני יאוש שיאש בעליו קודם שבא לידו דכל מקום שהיתה מונחת ברשות בעליו היתה דבעל אבידה בודאי יזכור מקומות שנאבדה ממנו שם ויחזור אחריה וימצאנה . גם נוכל לומר דאף דמונחת האבידה ברשות הרבים הוי כמו שמונחת ברשותו · וע"כ צריך לומר כן לשיטת רש"י דכל זמן דלא אתא ליד המוצא היא ברשות בעליו דאל"כ איך מהני יאוש הא אינה ברשותו · והאחרונים הקשו רק על התוס' כדכתבתי לעיל ולא על רש"י ולפי דברינו לפי שיטת התוס' שכתבנו דאף שהפקר בלבו הפקר הוי הוא רק סילוק רשות בעלמא לכן לא מוכח מידי מהך דכריתות כשיטת הרמב"ם דהפקר מתורת נדר דנוכל לומר דמה דלא אמרינן שם שור הנסקל שהוזמו עדיו הוי הפקר בסתמא משום דהפקר זה שאני משאר הפקר דאינו מפקירה רק בלבו לכן הוה כסילוק רשות בעלמא וכל זמן דלא אתא ליד הזוכה לא הוי הפקר כדבארתי זאת הסברא לעיל מסוף פרק אין בין המודר לכן אמרינן שם שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה בו כיון דאתא לרשות זוכה אז נגמר ההפקר שהפקירו בלבו עיין לעיל בדברינו ומשם תדרשנו לטובה אף כאן · אבל הרמב"ם נוכל לומר דסובר כשיטת רש"י דהיכא שמפקירו בלבו הוי הפקר גמור ויש על זה לימוד מן התורה לשיטת רש"י כדכתבתי לעיל וסובר גם כשיטת רש"י דיאוש הוא מטעם הפקר והיה קשה לו קושיות התוס' בב"ק (דף ס"ו) הנ"ל שהקשה על שיטת רש"י למה לא מהני יאוש אף בתר דאתא לידו באיסורא · לכן הוכיח מזה דהיכא שמפקירה בלבו כגון ביאוש דהוי הפקר שבלב כדכתבתי לעיל לשיטת רש"י דהוי הפקר גמור ועושה קנין ועומדת האבידה ברשות הכל לכן לא מהני יאוש אם בא באיסורא לידיה · וכיון דמוכח דאם מפקירה בלבו הוי הפקר גמור ועושה קנין ועומדת ברשות הכל אף קודם שבאה לרשות הזוכה והיה קשה לו להרמב"ם שור הנסקל וכו' זכה בו דמשמע מזה דלא הוי הפקר עד דאתא לרשות זוכה אף שהפקירו בלבו ולא אמר סתמא שור הנסקל שהוזמו עדיו הוי הפקר בסתמא · לכן הוכיח הרמב"ם מזה את דינו דנדר מתורת הפקר לכן לא אמרה הגמרא דהוי הפקר בסתמא דהוי אמינא דדינו כשאר הפקר דאין יכול לחזור בו קמ"ל דדוקא אם החזיק בו אחר אז אין יכול לחזור בו משום איסור בל יחל כדכתבו האחרונים מבא"כ כשמפקירו רק בלבו דליכא איסור בל יחל מותר לחזור בו אבל אם נימא דהפקר לאו מתורת נדר והיכא דמפקירו בלבו הוה הפקר לא יוכל לחזור אף דהפקירו רק בלבו בעלמא דאין שום סברא לחלק בשום אופן בין אם מפקירה בפירוש למפקירה בלבו לענין דיוכל לחזור קודם שזכה בה אחר אם נימא דמפקירה בלבו הוה הפקר :

אמנם

אמנם לאחר העיון נ"ל שאפילו גם לשיטת התוס' מוכח מהך דכריתות כשיטת הרמב"ם דהפקר מתורת נדר דהא כבר הוכחנו מהירושלמי דפיאה · דאם מפקירה בלבו הוה הפקר · והתוס' בוודאי סבירא להו ג"כ כמו שהוכחנו מהירושלמי ומה דהקשו התוס' על רש"י דאי יאוש מטעם הפקר למה לא מהני אף היכא דאתא באיסורא לידיה ואם נימא דהתוס' סבירא להו ג"כ כדברי דמוכח מהירושלמי דאם מפקירה בלבו הוה הפקר גמור ישאר קושיות האחרונים מה קשו להו להתוס' הא דברי רש"י ניחא לפי הסוגיא דנגועין כנ"ל · נראה לפענ"ד דהתוס' סבירא להו דאין לחלק בין היכא דקבל על עצמו שמירה בפירוש ובין היכא דהתורה הטילה עליו שמירה כדכתבתי לעיל זאת הסברא משער המשפט ויישבתי בזה קושית התוס' הנ"ל על רש"י אבל התוס' לא סבירא להו לחלק בזה · וגם אנכי הוכחתי בזה הכפתור פרח וי"ו ראיה ברורה שאין סברא לחלק בזה לכן הקשו התוס' על פירוש רש"י דאם נימא דיאוש מתורת הפקר למה לא מהני אף היכא דבא באיסורא לידיה כיון דהמוצא אבידה הוא שומר שכר לכל הפחות על האבידה עיין בב"מ (דף כ"ט) לכן הוי רשותו כרשות בעלים כדכתבו התוס' בב"ק (דף ע') והבאתי לעיל דרשות שומר הוה כרשות בעלים לכן שפיר הקשו התוס' על פירש"י כמובן · וכיון דהוכחנו שבין לשיטת רש"י ובין לשיטת התוס' מוכח מהירושלמי דפיאה הנ"ל דאם מפקירה בלבו הוי הפקר אמאי אמרו בכריתות שור הנסקל וכו' כל המחזיק בו זכה אמאי לא אמרו דשור הנסקל וכו' הוה הפקר לכן מוכח מזה דבין לשיטת רש"י בין לשיטת התוס' הפקר מתורת נדר ולכן לא יכלה הגמרא למנקט דהוה הפקר דהוה אמינא דדינו כשאר הפקר ואין יכול לחזור אף קודם שזכה בו לכן נקטה שור הנסקל וכו' כל המחזיק זכה בו דדוקא אם החזיק בו אחר הוא דאין יכול לחזור · אבל קודם שהחזיק בו אחר יכול לחזור דשור הנסקל הוא רק הפקר בלבו וליכא איסורא דבל יחל לכן יכול לחזור אם עדיין לא החזיק בו אחר ושאר הדברים הנצרכים לזה כבר כתבתי לעיל ונפש הדרשנו לטובה אף כאן :

העולה מדברינו דהתוס' וסייעתם דסבירא להו דיאוש לאו מתורת הפקר סברי דרשות המוצא אבידה הוה כרשות בעלים ומש"ה מאנו בפרש"י משום דקשיא להו דא"כ אף בתר דאתא באיסורא לידיה למה לא מהני יאוש · ומאי דהקשו האחרונים על קושיית התוס' מהך סוגיא דנגועין לפי דברינו אתי שפיר קושייתם · ולפ"ז נוכל לומר דעד אחד נאמן בדבר שבערוה היכא דלא איתחזק איסורא אף מדאורייתא כשיטת מהרי"ט בקדושין בחידושיו על הרי"ף ושאר מפרשים (בדף ס"ג) לגמרא בד"ה קדשתי את בתי וכו' עיין שם בסוף הדיבור שכן מבואר בהדיא ובשיטת המהרי"ק בשורש ע"ב שכתב באמצע התשובה · וז"ל ועוד כיון דגמרינן דבר דבר מממון איכא למימר דון מינה ומינה מה התם להוציא ממון מחזקתו אף כאן להוציא אשה מחזקת איסור או מחזקת היתר וכו' עכ"ל · והביא ראיה לזה עיין שם · הובאו דבריו בשב שמעתתא שמעתתא ו' פרק ג'· וכבר כתבתי בשם רב אחד שכן הוא דעת הר"ן פרק גיד הנשה על הך סוגיא דבשר שנתעלם מן העין וכן הוא דעת הבית שמואל בסימן ל"ז ס"ק כ' וכן נוטה דעת הגאון ר' עקיבא איגר בתשובותיו סימן קכ"ד הבאתי את דבריהם בכפתור ראשון פרח ז' עיין שם מה שכתבתי לפי דבריהם וגם מבואר בפרח ראשון ראיה לדבריהם מספרי · והארכתי שם בפירוש הספרי ובפרחים שאחריו ולפי מה שכתבתי אין להקשות על דבריהם מב"מ (דף כ"ח) אמר רבא אם תמצי לומר סימנים דאורייתא וכו' סימנין ועדים יתן לבעל העדים סימנין וסימנין ועד אחד עד אחד כמאן דליתיה דמי ויניח וכו' דהשער משפט בסי' ל"ג הוכיח מזה הגמרא דעד אחד אינו נאמן בממון אף דלא בא להוציא חזקת ממון דהא הכא ליכא שום חזקת ממון דהמוחזק הוא מוצא אבידה ואין הממון שלו ולפי דבריו יהיה לכאורה קשיא מהך דבבא מציעא הנ"ל על הנך פוסקים שהבאתי לעיל דעד אחד נאמן בדבר ערוה היכא דלא איתחזק איסורא ואמאי הא ילפינן בג"ש דבר דבר מממון וכמו דבממון אין עד אחד נאמן אף היכא דליכא חזקת ממון ה"נ בדבר שבערוה לא יהיה עד אחד נאמן אף היכא דלא איתחזק איסורא · אך לפי מה שכתבנו לעיל דרשות המוצא אבידה הוה כרשות בעלים כיון דהטילה עליו התורה חיוב שמירה ניחא דכיון דבגמרא איתא בזה הלשון סימנין וסימנין ועד אחד עד אחד כמאן דליתא · לפ"ז איירי שמתחילה בא לפנינו האיש שאמר סימנין וכיון שאמר סימנין הוי האבידה כמונח ברשותו אף שמונח ברשות המוציא כיון דרשות המוצא האבידה הוא כרשות בעלים וא"כ כשבא השני ואמר ג"כ סימני אבידה והביא עד אחד ג"כ הרי בא העד להוציא ממון מחזקתו כיון דכבר האבידה היא ברשות הראשון תיכף משאמר הסימנין · ולפ"ז לא מוכח כלל מהכא דאין עד אחד נאמן אף היכא דליכא חזקת ממון · גם נוכל לומר דאף אם באו שניהם ביחד מ"מ מוכח מלישנא דגמרא דמי שאין לו אלא סימנין לבד אמר בתחילה הסימנין קודם שאמר השני הסימנין והביא העד ולפ"ז לפי דיבורו של האיש שאמר סימנין לבד האבידה היא ברשותו כנ"ל וא"כ כשאמר השני סימנים והביא ג"כ עד אחד הוא בא להוציא מחזקת הראשון לכן עד אחד כמאן דליתא דמי · ולפי זה לא קשיא כלל מהך דב"מ על שיטת הפוסקים דסבירא להו דעד אחד נאמן בדבר שבערוה היכא דליכא חזקת איסורא וכיון שכן יכולין להתיר אשת המומר המבואר בגביית העדות שבראש כפתור ראשון אחר דשלח לי הרב הגדול הצדיק המנוח מהו' יעקב נ"ע אב"ד דק"ק בויסק מכתב מהרב דמיטאווי נ"ע ומבואר שם שהלך אצל הכומר והעתיק אות באות על לשון הקודש מהפנקס של הכומר מתי המיר דתו ונתנו לו שם אחר ובאיזה יום מת ונקבר כפי נימוסם ולפי דברי הפנקס הזה הוא מבורר שהמומר הנ"ל הוא היה בעלה של האשה המבוארת בגביית העדות הנ"ל ואין להסתפק במומר אחר לכן לפי דעתי עדיפא זאת מערכאות דאיתא בגיטין (דף י' ע"ב) ובחו"מ סימן ס"ח דמוציאין ממנו על פי השטר שנכתב בערכאותיהם דבוודאי הכומר לא יקבל שוחד לכתוב שקר בפנקסו כמובן · ולכל הפחות לא גרע מערכאותיהם לכן מותרת אשת המומר המבואר בגביית עדות הנ"ל דכיון דלשיטת הפוסקים נכונים המה דעד אחד נאמן בדבר שבערוה היכא דלא איתחזק איסורא ולא קשה עליהם מהך דב"מ כדכתבתי לעיל לכן אם בא עד אחד ואומר שמת בעלה של האשה נאמן מדאורייתא אף שאין מוציאין ממון ע"פ עד אחד וכ"ש שמותרת להנשא אם נכתב בערכאותיהם שמת בעלה דהא מוציאין ממון על פי השטר הנכתב בערכאותיהם :

דינים היוצאים מפרח הזה

א דין דאין מלוה גובה ממטלטלין שהקדיש לקדושת דמיו כדעת המשנה למלך בפרק י"ח מהלכות מלוה אף שהקצה"ח בס' ק"ז חלק עליו הבאתי ראיות נכונות לדעת בעל משנה למלך ורבותינו יראו הראיות ויכריעו בדבר :

ב דין דאם הקדיש מטלטלין לבדקה אינו גובה מלוה על פה מהם דגם גבי בדקה אמרינן אמירתו לבדקה כמסירתו להדיוט אף מה שכתב בעל קצה"ח לא סבירא ליה כן לכן רבותינו יכריעו בדבר · אך נראה לי דדוקא בשעה שנדר לבדקה הפריש תיכף את הדבר אז אינו גובה מהם אבל אם נדר בתחילה שמחויב להפריש סלע לבדקה וא"כ הפריש לא אמרינן גביה אמירתו לבדקה כמסירתו להדיוט וגובה מלוה ע"פ מהם כמבואר בפנים :

ג דין אם הגיע זמן הפירעון ואח"כ הקדיש מטלטליו לקדושת דמים גובה מלוה ע"פ מהם אבל אם הקדיש לבדקה אף

לאחר שהגיע זמן פירעון אינו גובה מלוה ע"פ מהם כמבואר בפנים :

ד דין דהפקר עושה קנין ועומדת ברשות הכל בשעה שהפקיר לכן אין גובין ממטלטלין שהפקיר בתוך זמנו ולא קשה מגר שמת וזכו כל ישראל נכסיו דגובה בע"ח מהם כמבואר בפנים אף שלדברי הקצה"ח ריש סימן רע"ג יש ספק בזה מכל מקום הם יסכימו רבותי לדברי כ"ל כמו שכתבתי :

ה דין דהפקר בע"כ הוי הפקר :

ו דין דהיכא דאיכא הוכחה דהפקירו בלבו הוי הפקר אך יכול לחזור בו קודם שיבוא ליד הזוכה

פרח יב

אף שכתבתי בסוף פרח הקודם סברא נכונה להתיר אשה אם נכתב בערכאותיהם שמת בעלה ולפי זה מותרת אשת המומר המוזכר בגביית העדות שבראש כפתור ראשון מ"מ לפי מה שכתבו האחרונים בתשובותיהם עיין בשאלות ותשובות נודע בשערים להגאון מהרד"ב אב"ד דק"ק לובלין בסימן ל"ה דמה דלא מצינו שהקילו בעדות אשה לא מקלינן ואין לך בו אלא מה שאמרו חז"ל והאריך בעולם פלפולו לדחות את הסברא הזאת ולהתיר אשה עפ"י מה שנמצא כתוב בערכאותיהם שמת בעלה ויסודו שבדבריו יתרצו דברי הרמב"ם ממה שהקשו הראשונים עליו לכן גם אנכי העני בדעת אכתוב ג"כ כפי מה שחנני ה' לתרץ דברי הרמב"ם · ולפ"ז יהי' מוכח דאם כתוב בערכאותיהם שמת בעלה דמותרת להנשא וזה החלי בעזר צורי · דהנה הרשב"א בחידושיו בסוף יבמות הקשה על הרמב"ם שכתב בפרק י"ג מהלכות גירושין הלכה כ"ח מלא כתוב בשטר וכו' ואין בודקין עדי אשה בדרישה וחקירה שלא אמרו חכמים בדבר להחמיר אלא להקל משום התרת עגונה עכ"ל וכתב עליו הרשב"א וזה תימא שלא הוזכר הטעם הזה בגמרא כלל עכ"ל · וכוונתו מבואר בהדיא שם בתחילת דבריו דבגמרא סוף יבמות איתא הטעם דמשו"ה אין בודקין עדי נשים בדרישה וחקירה כיון דאיכא כתובה למיבקל כדיני ממונות דמי וכתב שם תירוץ שאינו מורווה על זה עיי"ש :

ונראה לפענ"ד לתרץ דברי הרמב"ם וכדי להבין דברי מוכרח אני להעתיק גמרא דיבמות הנ"ל דתניא אין בודקין עדי נשים בדרישה וחקירה דברי ר"ע רבי טרפון אומר בודקין וקמפלגי בדר' חנינא דאמר ר' חנינא דבר תורה אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בדרישה וחקירה שנאמר משפט אחד יהי' לכם ומה טעם אמרו דיני ממונות אין צריכין דרישה וחקירה שלא תנעול דלת בפני לוין ובמאי קמיפלגי מר סבר כיון דאיכא כתובה למשקל כדיני ממונות דמי ומר סבר כיון דקא שרינן אשת איש לעלמא כדיני נפשות דמי · ונראה לפענ"ד לתרץ דהרמב"ם הוקשה לו קושיות הרשב"א שם על הגמרא עיין שם וכדי לקצר לא העתקתי על הכתב את הקושיות אך ממילא יובן דלפי דברי דלקמן יהי' מתורץ וכיון דלהרמב"ם הוקשה זאת לכן סובר דאף דבגמרא שם איתא טעמא דר"ע כיון דאיכא כתובה למשקל כדיני ממונות דמי אין זה עיקר הטעם רק עיקר טעמו דר' עקיבא כדאמרינן בגיטין (דף ע"א ע"א) שאני עדות וכו' אמר רב שאני בעדות אשה דהקילו בה רבנן שלפי דברי שאכתוב אי"ה לקמן כוונת הגמרא דגיטין כמו שאמר הרמב"ם טעמו של דבר דמשום הכי אין בודקין עדי נשים בדרישה וחקירה כמבואר שם · ומה דאמרינן בגמרא בסוף יבמות טעם אחר מפני טעמו דר' טרפון דפליג עליה דלא מצא הגמרא שום טעם לדברי ר' טרפון מפני מה סבירא ליה דבודקין עדי נשים אלא מחמת טעם זה דכיון דקא שרינן אשת איש לעלמא כדיני נפשות דמי משום דאזיל לשיטתו דפליג ג"כ על ר"ע בירושלמי דסוטה פרק שני הלכה ב' · דאיתא התם דתנא ר' טרפון אומר עד אחד נאמן לטמאותה ואין עד אחד נאמן להפסידה מכתובתה ר"ע אומר כשם שעד אחד וכו' א"ל ר"ט היכן מצינו עד אחד בממון כלום אמר לו רבי עקיבא והיכן מצינו עד אחד באשת איש כלום אלא כשם שעד אחד נאמן לטמאותה כך עד אחד נאמן להפסידה מכתובתה וכו' עכ"ל הירושלמי · וכיון דחזינן דרבי טרפון סבירא ליה בסוטה דהיכא דיש שני דברים לא אמרינן כיון שהאמינה התורה גבי סוטה עד אחד לטמאותה נאמן ג"כ עד אחד להפסידה כתובתה אלא לא גריר זה את זה ומכש"כ גבי עדי נשים אף דאיכא כתובה שעל ידי עדותם תגבה כתובתה ובעדי ממונות אין צריך דרישה וחקירה ודאי לא גריר הנאמנות דדיני ממונות את נאמנות דדיני נפשות דנימא כמו דגבי נאמנות העדים לענין כתובה אין צריך דרישה וחקירה ה"נ לענין דיני נפשות דעדי אשה אין צריך דרישה וחקירה · דהא מדין תורה גם דיני ממונות צריכין דרישה וחקירה רק דחכמים תקנו דאין צריך דרישה וחקירה לדיני ממונות · לכן בודאי לא גריר הדיני ממונות את דיני נפשות ואזיל ר' טרפון לשיטתו וסובר דכמו דגבי סוטה לא גרירי זה את זה ה"נ בעדי נשים לא גרירי זה את זה ואוקמינן מה דשייך לדיני נפשות אדיניהם וצריכין דרישה וחקירה · וכי תימא גבי עדי נשים מה דשייך לדיני ממונות לא נצטרך דרישה וחקירה כי היכא דסבירא ליה לר' טרפון גבי סוטה דנאמן עד אחד לטמאותה אע"ג דאינו נאמן להפסידה כתובתה וה"נ היכא דלא חקרו את העדים דאסורה להנשא לר"ט מ"מ את כתובתה תיגבה דלדיני ממונות אין צריך דרישה וחקירה · זה אינו דהא פריך הגמרא בכתובות (דף פ"א ע"א) והא בעינא כשתנשאי לאחר תיטלי מה שכתוב ליכי וכו' (פירוש דזה הוא מדרש כתובה דאין כתובה נגבת אא"כ מותרת להנשא לאחר) · ולפ"ז לא נוכל לומר דתהא אסורה לינשא ואת כתובתה תיגבה · וגם יש סברא אחרת דהא דבסוטה לא גריר זה את זה הוא כיון דהניסם שוין וגם בפירוש האמינה התורה דעד אחד נאמן לטמאותה · משא"כ הכא גבי עדי נשים דדיני נפשות חמירא וגריר להקילא דהיינו דיני ממונות שיוצרך דרישה וחקירה גם לענין כתובה · ומה גם דמן התורה גם דיני ממונות צריכין דרישה וחקירה ודו"ק · וכיון דלר"ט צריך הגמרא לומר דהטעם הוא משום דקא שרינן אשת איש לעלמא כדיני נפשות דמי משום דאזיל לשיטתו דגבי סוטה · לכן קאמרה הגמרא זה הטעם גם לר"ע כיון דאיכא כתובה למיבקל כדיני ממונות דמי' אף שאין זה עיקר הטעם דבאמת הוא הטעם כדקא אמרינן במי שאחזו הנ"ל דבעדות אשה הקילו בה רבנן כמו שאבאר אי"ה לקמן לפי דעת הרמב"ם · ושבקה הגמרא עיקר הטעם כדי שגם ר"ע יהיה אזיל לשיטתו כמו דאזיל רבי טרפון לשיטתו שר' עקיבא סובר בסוטה כשם שעד אחד נאמן לטמאותה כך נאמן להפסידה כתובתה ה"נ גבי עדי נשים כמו שאין צריך דרישה וחקירה לענין כתובה דהימנוהו רבנן לעדים אף בלא דרישה וחקירה ה"נ במאי דקא שרינן אשת איש לעלמא ג"כ הימנוהו רבנן בלא דרישה וחקירה ויש כח ביד חכמים לזאת ואין עקירת דבר מן התורה דהא חזינן דהימנוהו רבנן אף לעד אחד לענין שמותרת להנשא ומבואר בגמרא זאת לכמה שיטת הראשונים דעד אחד נאמן רק מדרבנן וכתבו טעמים שונים על זה · ולפ"ז מוכח דעיקר הגירסא הוא כמו דאיתא בגמרא ולא כמו שכתוב בגליון שבהרב המגיד ובלחם משנה · יש שם גירסא אחרת ואין מן הצורך להאריך בזה כי ממילא מובן זאת ממה שכתבתי · וגדולה מזה מצינו בהרבה מקומות בש"ס שאין הגמרא חושב עיקר טעם אותו טעם המפורש במשנה פרק התערובות (דף ע"ז ע"ב) גבי אברי תמימים שנתערבו באברי בעלי מומים ובפרק ג' דשבועות (דף י"ט ע"ב) גבי שבועה שלא אוכל ואכל כ"ש חייב דברי ר"ע ובפרק שני דמכות (דף י"ז) גבי כמה יאכל מן הטבל ויהי' חייב ר"ש אומר כל שהוא ועיין זה כתבו התוספות בכמה דוכתי בש"ס ואחד מהם בסוכה (דף כ"ד ע"א

ע"א) ד"ה רבי יהודה וכו' עיין שם שכן מבואר בהדיא · וכ"ת מנא ליה להרמב"ם שאין הגמרא חושב זאת עיקר הטעם דנ"ל משום דהי' קשה להרמב"ם שני קושיות הרשב"א הנ"ל על הטעם דאמרינן ביבמות לר"ע כיון דאיכא כתובה וכו' לכן מוכיח הרמב"ם שאין זה עיקר הטעם אלא עיקר הטעם הוא המבואר במי שאחזו (דף ע"א ע"א) דאיתא התם א"ל אביי עדות קאמרת שאני עדות דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם מיתבי כשם שבודקין אותו לגיטין כך בודקין אותו למשאות ולמתנות ולעדיות ולירושות קתני מיהת עדיות אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב ששת בעדות אשה דאקילו בה רבנן · ופירש"י בד"ה קתני מיהא עדיות שיעיד עדותו מפי כתב והאמרת מפיהם · בעדות אשה להשיאה דאקילו בה בעד אחד קרוב ושפחה · הרי חזינן דהגמרא מפרש טעמא הא דמכשרינן עדות מפי הכתב גבי עדות נשים משום דגבי עגונה אקילו בה רבנן והרמב"ם סובר. כשיטת הרז"ה הביאו הר"ן בסוף פרק ב' דכתובות בד"ה וכיון וכו' ועוד כתב ז"ל דבעדות על פה הוא דאיכא הזמה אבל לא בעדות בשטר מכמע דס"ל ז"ל אפילו כתוב בשטר שבזמנו כתבוהו משום דהזמה הידוע הוא ואין לך בו אלא הידוע דהתם עדות בע"פ הוא וזה שלא כדברי הרי"ף ז"ל שכתב בפרק מרובה וכו' עכ"ל · וכיון דאפילו אם נכתב בשטר שבזמנו כתבוהו ליכא דין הזמה בודאי אם מעידין מתוך הכתב אין צריך דרישה וחקירה כדהוכיח התורת חיים בסנהדרין (דף ל"ב) מרש"י דברים פרק היו בודקין דטעמא דדרישה וחקירה הוא משום דבעינן עדות שאתה יכול להזימה עיין שם ברש"י בד"ה באיזה יום וכו' הביאו הש"ך בסימן ל"ח ס"ק ב' וכתוב שם שכן פירש הרא"ן · לכן כיון דאמרינן בגמרא שלעדות אשה הקילו שיכול להעיד מי שנשתתק את עדותו מתוך הכתב ש"מ דלא בעינן עדות שיכול להזימה דאף שיכול לבוא לידי הזמה שכותבין עדותן בבית דין מכל מקום ליכא דין הזמה גבייהו לפי מה דכתב הרז"ה דאף אם נכתב בשטר שבזמנו כתבוהו ג"כ ליכא הזמה וה"נ לא בעינן דרישה וחקירה כיון שאין בעדות אשה דין הזמה לכן כשאמרה הגמרא הטעם מפני מה יכולין להעיד עדי נשים מפי הכתב משום דאקילו בה רבנן ממילא מובן דקאי גם טעם זה על מה דאין עדי נשים צריכין דרישה וחקירה דאל"כ הא לא מבואר בגמרא הטעם על זה מפני מה הכשירה עדי נשים מתוך הכתב הא בעינן דרישה וחקירה · וכ"ת דהגמרא דמי שאחזו דאמרה הטעם דבאשת איש הקילו בה רבנן לא קאי רק אמאי דפסלינן בשאר דוכתי משום דכתיב מפיהם ולא מפי כתבם אבל מאי דלא בעינן דרישה וחקירה כמכה הגמרא דמי שאחזו דמפורש הטעם בסוף יבמות אליבא דר' עקיבא · זה לא נוכל לומר כן דהרמב"ם סבירא ליה דזה קל וחומר הוא דמה אם הכשירו חכמים עדות מפי הכתב שמפורש בתורה שאינו מועיל עדות מפי הכתב ולא מצינו דמכשרינן עדות כזה בשאר דוכתי רק בעדות נשים [ומה שמועיל עדותן אם כתבו שטר מפורש הטעם בכמה דוכתי משום דהוי כמו שנחקר עדותן בב"ד] ואפילו הכי אמרינן בפרק מי שאחזו הנ"ל דמשום הכי הכשירו אם מעידין מתוך הכתב משום דבעדות אשה הקילו בה רבנן · מכ"ש דקאי גם טעם זה אהא דלא בעינן דרישה וחקירה בעדי נשים · דהא מצינו גם בדיני ממונות דלא בעינן דרישה וחקירה אלא ש"מ דהא דקאמרה הגמרא הטעם דבעדות אשה הקילו בה רבנן קאי אתרווייהו פסולי דאיתא אם מעידין מתוך הכתב · אף מה דהתורה אמרה מפיהם ולא מפי כתבם · וכן מה דליכא דין הזמה גבייהו ומשום הכי לא בעינן דרישה וחקירה ומדוקדק זאת בדברי הרמב"ם שהרמב"ם כתב בחדא הלכה מלא כתוב בספר ייח איש פלוני וגם אין בודקין עידי נשים משום דשני דינים אלו הוכיח · הרמב"ם מהך דמי שאחזו עיין בגופאי כליו של הרמב"ם לכן כלל שני הדינים בחדא הלכה · ולפ"ז מוכח שיש להתיר אשת המומר המבואר בגביה העדות ברא"ש בפתור ראשון ע"י מה שנמצא כתוב בפנקס זכרון המתים שמת ונקבר המומר הזה כמבואר בפרח הקודם כיון דהקילו בה רבנן להכשיר גבי עדות אשה עד אחד אפילו קרוב שלא מצינו כן שום דוכתי שהכשירו חכמים · כמ"כ דאקילו רבנן להכשיר אם נכתב בערכאות המדינה כמבואר בפרח הקודם וגם מבואר שם שפנקס זכרון המתים לא גרע מערכאות המדינה וזאת הסברא מוכח מהרמב"ם כנ"ל :

ואין להקשות על דברינו מגיטין (דף כ"ח) ממשנה אבל עיר כו' · ובגמרא שם ת"ש בב"ד של ישראל שהיה אומרים איש פלוני מת איש פלוני נהרג וכו' · דהכא הקושי' הזאת מוזכרת בשאלות ותשובות נודע בשערים שם על דבריו שכתב שם גם הוא להתיר ע"פ ערכאות המדינה וכתב ישוב נכון לזה עיין שם ומשם תדרשנו לטובה גם על דברי כאן · ואין למידן מדהכשירו חכמים עד מפי עד ה"נ הקילו בה רבנן להכשיר שאר דברים · כמו דמצינו גם בסוטה (דף ל"א) שהכשירה התורה כיוצא בזה · עיין בריש פרק מי שקנא דשאני סוטה דרגלים לדבר שקינא לה ונסתרה ומש"ה נאמן בה עד אחד כדקאמרינן בכמה דוכתי בש"ס ואחד מהן בריש סוטה בע"ב עי"ש · דאמרינן שם בגמרא ואלא מאי בעי עד דאיכא תרי ליפתוק קרא מיניה דאתיא דבר דבר ממסון והגא ידענא מידי דהוי אבל עדיות שבתורה איצטריך סד"א סוטה שאני דרגלים לדבר בהרי קינא לה ונסתרה להימן בה עד אחד · הרי חזינן דאף אם לא כתבה התורה דמהימן עד אחד וכדומה לזה הוה ידעינן זאת מעצמינו כיון דאיכא טעמא רבה לזה · ואין להקשות על דברינו שכתבנו דהרמב"ם סובר כשיטת הרז"ה דבעדות שבשטר ליכא דין הזמה ומש"ה לא בעינן דרישה וחקירה גבי עדי נשים משום דהכשירו חכמים גבה עדות מפי הכתב דהא הש"ך בסימן ל"ח הנ"ל השיג על הר"ן במה שכתב שלא כדברי הרי"ף ז"ל עיין בדברי הר"ן שהעתקתי לעיל · וכתב על זה הש"ך דלא נהירא ליה דבריו דודאי גם הרז"ה מודה דבשטר נמי איכא הזמה כל שכתוב בו שנכתב בזמנו וכדמוכח להדיה בש"ס ריש פרק אחד דיני ממונות דגרסינן התם · דיני ממונות מי בעינן דרישה וחקירה ורמינהו שטר שזמנו כתוב באחד בניסן בשמיטה · ובאו עדים ואמרו היאך אתם מעידים על שטר זה והלא ביום פלוני עמנו הייתם במקום פלוני שטר כשר ועדיו כשרים היישינן שמא אחרוהו וכתבוהו ואי ס"ד בעי' דרישה וחקירה היכא היישינן שמא אחרוהו וכתבוהו כו' והטעם דבעינן דרישה וחקירה הוא משום דבעינן עדות שיכול להזימה כדכתבתי לעיל וא"כ מוכח מכולא סוגיא דאיכא הזמה לפסול את השטר · וגם הרז"ה מודה לזה רק דסבירא ליה דליכא גבי עדות בשטר דין הזמה לשלם עי"ש בש"ך שהאריך בקושיא הזה · ולפי דבריו אף דמבואר בפרק מי שאחזו דהכשירו חכמים לעד שנשתתק גבי עדות אשה מ"מ יכול להיות דבעינן גבי עדות נשים דרישה וחקירה אף לשיטת הרז"ה כיון דאיכא בהם דין הזמה לפסול את העדים גם אם מעידין מתוך הכתב · ולפ"ז לא נוכל לומר כדברינו שהרמב"ם שכתב הטעם דאין עדי נשים צריכין דרישה וחקירה משום שהקילו בה הוכיח הטעם הזה מפרק מי שאחזו דלפי דברי הש"ך ליכא שום הוכחה כמובן · אך נראה לפי ענ"ד נתרץ קושיות הש"ך שהקשה על הר"ן וממילא יתיישב דברי הרמב"ם · דנראה לי טעמו של דבר מפני מה הכשירה התורה עדות בשטר אף דליכא ביה דין הזמה ובעדות בעל פה לא הכשירה התורה רק עדות שאתה יכול להזימה דהטעם בעדות בעל פה חששה התורה אולי יעידו שקר ומשום הכי אינו מועיל העדות רק באופן שאתה יכול להזימה שמשום זה ייראו העדים לאמר דבר שקר · משא"כ בעדות בשטר לא יעידו שקר · דהלוה יקח השטר מן המלוה ויכול בכל עת שתשיג ידו לגדר שהעידו שקר

ע"י השטר אשר תחת ידו וגנאי להם. לכן לא בעינן עדות שאתה יכול להזימה דבלאו הכי לא יעידו שקר אבל בעדות בעל פה אי לא בעינן גבייהו עדות שאתה יכול להזימה לא יוכל הלוה לברר בכל עת שתשיג ידו כי העדים יכחישוהו שלא העידו כן והב"ד ישכחו את הדבר ולפ"ז פריך הגמרא בפרק אחד דיני ממונות שפיר כיון דמן הטעם הזה לא בעינן גבי עדות שבשטר עדות שאתה יכול להזימה משום דיירא לאמר שקר שעל ידי השטר יוכל לברר בכל עת · לכן פריך הגמרא אמאי שטר מאוחר כשר הלא לא יוכל לברר על ידי השטר שהעידו שקר שיהיה גנאי להם שיאמרו שהשטר הוא מאוחר · ולפ"ז לשיטת הר"ן שהרז"ה סובר דליכא גבי עדות בשטר דין הזמה אף לפסול את העדים נכונים דבריו ולא יוקשה עליו קושיות הש"ך :

וכיון שיישבנו קושיות הש"ך על דברי הר"ן דליכא דין הזמה אף לפסול את העדים הוכיח הרמב"ם שסובר כשיטת הרז"ה מפרק מי שאחזו דהטעם דלא בעינן גבי עדות נשים דרישה וחקירה הוא משום דבעדות אשה הקילו בה רבנן · ואכתי נשאר לנו ליישב כיון דכתבנו דאיכא טעם אמאי דלא בעינן בעדות בשטר עדות שאתה יכול להזימה ובר"ן בכתובות הנ"ל מבואר דמשום הכי ליכא גבי עדות בשטר דין הזמה משום דהזמה חידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו כדהעתקתי לעיל את לשונו · ולפ"ז אף שמה שכתבתי היא סברא נכונה אבל הר"ן אינו סובר כדברי דמדבריו לכאורה משמע דליכא שום טעמא על מה שאמרה התורה שבעדות בע"פ איכא דין הזמה וגם אחרי שכתבה התורה דבעדות בע"פ איכא דין הזמה אין שום טעם על מה שבשטר ליכא דין הזמה דמצד הסברא שניהם שוין ·: דנ"ל דאף הר"ן יכול לסבור כדברי וכוותיה אשכחן בש"ס :

דין היוצא מפרח זה

דין אם נכתב בערכאות המדינה שמת איזה איש מותרת אשתו להנשא לכל גבר דמהימני לכן אשת המומר המוזכר בגביות עדות בריש כפתור ראשון מותרת להנשא כיון שנמצא כתוב בפנקס זכרון המתים דמיטאוי שמת בעלה :

סליק ספר גן נעול

עדיין לא נשלם החיבור הזה כי אנכי מצפה בהרים ה' קרן ישראל ויבא אלינו משיח גואל צדק בב"א ואראה את בני הגאון הצדיק כמו שנאמר הנה אנכי שלח לכם את אליהו הנביא לפני בוא יום ה' וגו' והשיב לב אבות על בנים ולב בנים על אבותם וגו' אמן אמן וכן יהי רצון מלפני אבינו שבשמים במהרה בימינו · ואז אגמור אתו את החיבור הזה כפי שתנני ה' מטובו :

מפתחות מכפתור ג מספר גן נעול

פרח א

א) בו יבואר תירוץ שני על קושיות הפני ארי׳ בסימן ב׳ בתוך הדברים יבואר תירץ על קושיות הקצות החושן בסימן שס״ג ס״ק א׳ על חק יעקב בהלכות פסח בדין אם גזל חמץ בתוך הפסח אינו יכול לומר הרי שלך לפניך מב״ק דף ק״ה ע״ב ובדף ק״י ע״ב ומתוספות ב״ק דף ס״ט ד״ה כל ומרמב״ם פרק ח׳ מהלכות שבועות הלכה ח׳ ומרמב״ם ה׳ פסח פ׳ א׳ ה׳ ג׳ ומגיטין דף ע״ח ע״ב · ולא תקשה על דברינו מב״ק דף ס״ו דלכאורה משמע משם דחמץ לאחר זמן איסורו דבר שיש לו זכיה הוא :

ב) ישוב על זה מדברי הנודע ביהודא במהדורא קמא סימן כ׳ ומהשאגת ארי׳ סימן פ״ה :

ג) בתוך הדברים יבואר דברי הגמרא דשם מה שצריכין להבין :

פרח ב

א) בו יבואר שאין מובנים דברי המקור חיים בסימן תמ״ח ס״ק ח׳ במה שחלק על הנודע ביהודא במהדורא קמא סימן כ׳ שדעת הנודע ביהודא שחמץ לאחר זמן איסורו לא יכול להוריש והמקור חיים חלק עליו שדברי הנודע ביהודא נכונים מח״מ סימן שמ״א סעיף ג׳ וד׳ ומסימן שפ״ג ומתוספות ב״ק דף י״א ד״ה אין וממהרש״ל פרק ט״ת סימן ק׳ ומכתובות דף ל״א ע״א ומב״ק דף קי״ב ומב״ק דף ק״ו ע״ב ומח״מ בסימן פ״ח ברמ״א שם ומפסחים דף ה׳ ע״ב ועיין ברא״ש שם ומגיטין דף מ׳ ע״א ומרמב״ם פ״א דחמץ ור״ן פ״ג דע״א ד״ה ונמצא :

דינים היוצאים מהפרח הזה ומהפרח הקודם

א) דין אם מת המוריש אחר שש אינו מחויב היורש לבער :

ב) דין דבחמץ של ישראל אין לאדם שום זכיה אם רוצה לזכות :

ג) דין אם רוצה אדם לזכות בחמץ של א״י יכול לזכות בהן ברצון א״י כמבואר ברמב״ם פרק א׳ דחמץ שיכול לקנות חמץ בפסח ועיין בפנים דמירי שקנה חמץ של א״י ומר״ן פרק ג׳ דע״א על הגמרא אחר המשנה כלים ועליהם וכו׳ בד״ה ומצא:

ד) אם גזל חמץ בתוך הפסח אינו יכול לומר בתוך הפסח הרי שלך לפניך כדברי החק יעקב שלא כדברי הקצות החושן :

ה) גם בשומרים הדין כן דיכולים לומר באיסורי הנאה הרי שלך לפניך וזה היינו דוקא היכא שהוא בעין אבל אם נגנב או נאבד בבית שומר מחויב השומר לשלם כפי מה שהיה שוה בתחילת שמירתו ועיין בפנים ראיה ברורה לזה מהגמרא עיין שם :

ו) בחמץ של הפקר אם אינו מצוי אצלו ומצוי אצל אחרים בודאי אינה עובר האיש שאינו מצוי אצלו החמץ לכ״ע :

פרח ג

א) בו יבואר עוד תירוץ על קושיות הקצות החושן בסימן שס״ג שהקשה על חק יעקב בהלכות פסח דסובר דאם גזל חמץ אינו יכול לומר הגזלן הרי שלך לפניך מב״ק דף ס״ו ע״א ופרש״י בביצה דף ל״ט ע״ב ד״ה המגביה מציאה אף שהתום׳ שם ד״ה הכא לא ס״ל הכי וגם התום׳ בב״ב דף נ״ד ע״א ד״ה אדעתי והביא המשנה למלך · מ״מ לשיטת רש״י נוכל לומר דאין כל הקנינים שוים ובזה מיושב קושיות הט״ז שהקשה בדברי הטור בסימן ר׳ מתרי הדדי לפי מה שכתב בסימן רע״ה ועיין בביאורי הגר״א שם וגם מצינו קנינים אחרים שקונים בע״ב עיין ביבמות דף נ״ד ומקדושין דף ה׳ · ולא תקשה על דברינו מב״מ דף ו׳ · ישוב על זה ולכאורה יש ראיה דשינוי מעשה קונה אף אם אינו מתכוין לקנותה מתוספות ב״ק דף כ׳ ד״ה נתנה וממעילה דף כ׳ ע״א ומיבמות דף נ״ב ע״ב ומח״מ סימן רע״ה סימן ח׳ ומשטה מקובצת לב״מ דף צ״ו ד״ה בעל :

פרח ג אות ב

א) גם יבואר אי שואל קונה בשינוי מעשה או לא לכאורה יש ראיה דקונה מב״מ דף ע״ח ע״א מפירש רש״י דשם ומתוספות ב״ק דף צ״ה ד״ה בשבת ומפירש המשניות להרמב״ם במשנה דהגותן צמר אך נ״ל להביא ראיה להיפך דלא קני מב״ק דף י״א ע״א ומתוספות שם :

ב) בתוך הדברים יבואר דברי הגמרא דשם דף צ״ד ע״א מה שצריכין להבין ומה שמוכח לכאורה מב״מ להיפך :

ג) סתירה לזה מדברי הר״ן שם בחידושיו לדף ע״ח ואדרבה מוכח מדבריו דלא קני השואל בשינוי מעשה וגם מדברי התוספות דב״ק דף צ״ה ד״ה שבח ג״כ אין ראיה וד׳ הר״ן ודברי התוספות עולים בקנה אחד :

ד) גם יבואר טעם הדבר למה אינו קונה בשינוי לא לוקח ומקבל מתנה וכדומה :

ה) גם יבואר ישוב על דברינו מב״מ דף ע״ח ומתוספות ב״ק דף צ״ה ד״ה בשבת :

ו) הוכחה לזה מיבמות דף נ״ב ע״ב ומב״ק דף ס״ו ע״א :

ז) בתוך הדברים יבואר דברי הגמרא דיבמות שם :

אות ג

א) גם יבואר תירץ על הרמב״ם פ״ה מהלכות איסורי המזבח הלכה ז׳ שהקשו הנושאי כליו שם ומה שתירצו אינם מובנים לי :

ב) תירוץ על הרמב״ם מרשב״א לחידושיו לגיטין דף נ״ה ומיומא דף נ׳ ע״ב ומתוספות ב״ק דף י״א ע״ב ד״ה אין ואזיל לשיטתו כרפסק בהלכות עבודת יוה״כ פ״ה הלכה י״ג :

ב) ובזה יבונה דברי הרמב״ם פרק י״ח מהלכות מעשה הקרבנות הלכה י״ד דלא קשה קושיות הלחם משנה דשם על הרמב״ם הזה :

ג) גם יבואר ראיה כתוספות כתובות דף פ״ב על הגמרא דמשוך פרה וכו׳ והראיה הוא רק לפירש התוספות אבל לפירש הרשב״א והר״ן שם והלחם משנה פ״ט מהלכות גירושין הלכה ג׳ אין מהגמרא הזאת ראיה ועיין בבעל המאור וברמב״ן בסוגיא דבא במחתרת דסנהדרין דף ע״ב :

ד) גם יבואר שיש לדחות הראיה דפרק מרובה דף ס״ו שלכאורה מוכח משם אף אם מתכוין לקנותה קנה דהמתניתין אתיא כר״מ כדמוכח מיבמות דף ק״א ע״ב ור״מ ס״ל דקנה מב״ק דף ק׳ ע״ב ומב״מ דף ע״ח אין סתירה לדברי הסברא על זה :

ה) ראיה לזה מחידושי הר״ן דשם ומתוספות ב״ק דף צ״ה ע״ב ד״ה בשבת ומתוספות ע״א דף ז׳ ד״ה ור״מ ומש״ך בח״מ סימן ש״ו על סעיף ג׳ ועיין בב״מ דף מ״ג ע״ב :

ו) גם יבואר שהקושיא דרב יוסף דב״ק דף ס״ו הוא רק אם נאמר דיאוש קונה מדרבנן אבל אי קונה מדאורייתא לא קשה כלל דר״מ אזיל לשיטתי׳ כדסובר בשבועות דף ל״א ע״ב דדון מינה ומינה :

דף

אות ד

ז) גם יבואר שהראיה מתוספות דב"ק דף כ' דמוכח לכאורה אף אם אינו מתכוין לקנותה ג"כ קני ג"ז אינו ראיה לפי מאי דאיתא בב"ק דף ס"ה ומתוספות שם ומשטה מקובצת דף צ"ו ד"ה בעל :

ח) גם יבואר תירץ על קושיות התוספות יבמות דף צ"ג ע"א ד"ה קניה בטוב טעם ודעת מדברי הרב המגיד בפ' שמיני מהלכות גירושין ה' א' ומח"מ סימן רנ"ח ומס' מ"ב סי' ע"ט :

ט) גם יבואר תירץ על קושיות איזה ספר שהקשה על ש"ע דשמ"ב הנ"ל מכתובות דף נ"ה בשני פנים מערכין דף ה' ומתוספות ב"ב דף ל"ב ד"ה אמאי ומשטה מקובצת שם ודברי הוא היפך ממה שכתב האו"ת בדיני סיגו :

י) גם יבואר שלפי דברי הרשב"א והר"ן בכתובות דף פ"ו מה שאמר ר"י שם ברף פ"ב משוך פרה ותהא קנויה לך וכו' הדין הוא כך אליבא דר"י דהפירות קנוי' ליה מעכשיו ולאחר ל' יום הגוף היפך ממה שסובר ר' משיטת הר"ן בהידושיו לב"מ דף צ"ט ומנ"י שם ומשטה מקובצת שם ומרש"י דתמורה דף י"א ע"ב ומירושלמי דקרושין ר"פ האומר ומבבלי דנדרים דף כ"ט ע"א ומח"מ סימן רי"ב סעיף ד' :

יא) גם יבואר שלא קשה על דברינו מגמרא דקדושין דף ז' ע"א ומדברי התוספות שם :

יב) תירץ לדברינו מגיטין דף מ"ג ע"א :

יג) גם יבואר דרך אחר שלפי דברי הר"ן הפירש בדברי ר"י ברף פ"ב בכתובות מוכרחין אנו לומר כמ"ש הקצה"ת בסימן ש"ז ס"ק א' ומגמ' דף מ"ח ע"א ומר"ן בחידושיו לב"מ דף מ"ט ד"ה כגון ומקדושין דף כ"ו ע"א ובריטבא ומהרי"ם שם וממחנה אפרים ריש הל' שכירות ומגיטין דף מ"ה ומכתובות דף ע"ו ע"א ומח"מ סימן רכ"ד סימן א' ומלחם משנה פרק ט' מהלכות גירושין הלכה ג' :

פרח ד

א) בו יבואר תירץ על הרמב"ם מפ"ט הלכות גירושין ה' ב' שהקשה עליו הר"ן פרק הכותב דף פ"ו בר"ה גרסינן מדברי עצמו שפסק בפרק ב' מהלכות מכירה הלכה ט' :

ב) בתוך הדברים יבואר כוונת הרב המגיד בהל' גירושין ומה שפירש בעל הפלאה בכתיבות שם אינו מובן מגיטין דף ע"ז ומב"ק דף ע"ט ע"א ומח"מ סימן ש"נ גם מב"מ דף י' ע"ב אינו מובן דברי בעל הפלאה מיבמות דף נ"ר ומקרושין דף ה' ומב"מ דף מ"ה ע"ב • גם שאר דברי הבעל הפלאה אינם מובנים מדברי הרמב"ם פ"א מהלכות גירושין ומש"ע א"ע ס"ק כ"ר ס"ב דמוכח מדברי הרמב"ם איפכא ממה שהביא ראיה לדבריו מדברי הרמב"ם • וגם מה שהביא ראיה לדבריו מדברי הש"ך בס' ר"ב ג"כ אינו ראיה דהא דאמרינן גיטה וחצרה באין כאחד בגיטין דף ע"ז משום דהתם מיירי בחצרה של נכסי מלוג • גם דברי הקצות החושן בסימן ר' ס"ק ה' ג"ב אינו מובן מגיטין דף ב' ע"ב ומש"ע א"ע בסימן י"א ב"ש שם ס"ק כ"א ומתוספות קרושין דף נ"ו ע"ב ד"ה המקרש :

ג) גם יבואר פשט הגמרא רגיטין דף כ' ע"א :

ד) בתוך הדברים יתורץ קושיות התוספות דקרושין דף ג ד"ה ואשה בפחות משוה פרוטה לא מקנה נפשה :

ה) גם יבואר שאם כתב שטר מתנה על איסורי הנאה קנה המקבל שלא כדברי הקצות החושן שכתב שם דלא קני :

ו) גם יבואר שיש ליישב הראיה שהביא הגאון בעל ישועות יעקב בסימן קל"ט ס"ק א' בא"ע דלא בעינן בגט קנין מדברי הגמרא דגיטין דף ע"ז ע"ב במעשה דשכיב מרע מש"ע א"ע סימן צ"ב וסימן ס"ט :

ז) גם יבואר ישוב אחר ובזה יתורץ קושיות הפני יהושע בגיטין שם :

ח) וגם יבואר שמוכח מן התורה שאמרינן גיטה וחצרה באין כאחד :

ט) גם יבואר הטעם למה אמרינן גיטה וחצירה באין כאחד מגיטין דף כ"ד ע"א לכן לא מהני בשאר דברים :

י) גם יבואר תירץ על קושיות הקצות החושן על הש"ך בסימן ר"ב מב"מ דף י"א ומב"ק דף מ"ח ע"ב ומרשב"ם ב"ב דף פ"ה :

יא) גם יבואר שיש ראיה מירושלמי פ"ב דגיטין ה' ג' שלא כדברי הקצות החושן וגם מהר"ן והריטב"א בסוגיא שם מוכח ג"כ שלא כדברי' וגם מאיבעי דירושלמי דשם מוכח ג"כ שלא כדברי הגאונים הנ"ל :

יב) ישוב על הרמב"ם דפ"ט מהלכות גירושין שלא תקשה עליו מפ"ה דהל' מכירה מב"י בסימן קכ"ז ומגיטין דף ע"ב ע"ב ומשם דף ע"ו :

יג) סתירה לתירוצא של הרמב"ם מהרמב"ם פרק שמיני מהל' גירושין הלכה א' ומרמב"ם הלכות אישות הלכה ו' ועיין ברב המגיד בהלכות גירושין וכן צריכין אנו לתרץ דברי הרמב"ם כדברי הרב המגיד • אך אין כוונתו כפירוש בעל הפלאה רק פירושו באופן אחר שהוא על דרך מה שכתבו התוספות דכתובות דף פ"ב ע"א ד"ה הא וכו' ומתוספות קרושין דף ס"ג ד"ה כגון ומתוספות יבמות ד"ה קניא אם אין מכוון לקנותה. אך מדברי התוספות דבכתובות יש ראיה דאינו קונה בשינוי מעשה אם אינו מתכוון לקנותה :

דינים היוצאים מפרח הזה ומהפרח הקודם

א) דגזלן אינו קונה בשינוי מעשה אם אין מתכוון לקנותה :

ב) דשואל לא קני בשינוי מעשה אם נשתנה הדבר מכמו שהיתה בשעת שאלה :

ג אם לא עשה קנין בגט קנין המועיל בשארי דברים כגון מקח וממכר וכדומה כגון שמסר לה במסירה הגט ולא משכה ולא הגביה אינה מתגרשת דלא כמו שכתב בעל הפלאה בכתובות שהבאתי בפנים דאף דבהמה אינה נקנה במסירה מ"מ אם כתב את הגט על קרן הפרה ומסר לה את הפרה מתגרשת עיין בכתובות דף פ"ו על דברי התוס' בר"ה האומר :

ד) אם כתב הגט על איסורי הנאה שאינה יכולה להנות אף שלא כדרך הנאתן אינה מגורשת :

ה) אם כתב שטר מתנה או שטר מכירה על איסורי הנאה שיכול להנות שלא כדרך הנאתן קנה המקבל מתנה או הלוקח אף לדעת הרשב"א שכתב דבאיסורי הנאה לא יש לאדם שום זכיה :

ו) היכא דנותן סלע לצדקה לענים ואח"כ יברר לאיזה עני רוצה ליתן ואח"כ בירר לאיזה עני רוצה ליתן ומקומו מושכר לו זוכה העני הסלע מקנין הצר ואף לדעת הש"ך שסובר דהצידו ומתנתו לא באין כאחר ולא מהני בהא מודה הש"ך ולא פליג על זה :

ז) גם יבואר שלפי דברי הרב המגיד בדעת הרמב"ם יהיה קשה על סוגיא דכתובות דף פ"ו בין אם יפרש כפירוש התוספות דכתובות הנ"ל בין אם יפרש כפירוש הר"ן שם בין אם יפרש כפירושו מרמ"א בחו"מ ס' ר"ג ומקרושין דף נ"ט והדין הזאת נבין ממרדכי פ' מי שמת ומסוף פ' יש נוחלין :

פרח זה אות ב

ב) גם יבואר שיש לכאורה ראיה מב"ק דף קי"ב ע"א דאם הקנה במשיכה משני דברים אחד הקנה מעכשיו והשני הקנה לאחר שלשים אמרינן רקנה שניהם אף דלגבי דבר השני כלתה משיכתו דלכאורה קשיא על הסוגיא דב"ק שם לפי דברי התוספות דב"מ דף צ"ט ד"ה כך וגם מדבריהם בכתובות דף פ"ב :

ג) גם יבואר שדברי בעל קצות החושן בס' ש"ז ס"ק א' אינם מובן לפי דברי שיטה מקובצת ב"מ שם • תירוץ על קושיות הגמרא דב"ק הנ"ל בתוך הדברים יבואר שאינו מובן שאר דברי הקצות החושן הנ"ל מפסחים דף ה' ע"ב ומסנהדרין דף ע"ב ע"א ומתוספות ב"ק דף י"א ע"א ד"ה אין שהביא הירושלמי גמר תירוץ על סוגיא דב"ק הנ"ל ומקרושין דף ז' ע"א ומרש"י שם ומא"ע ס' כ"ט סעיף ג' ומח"מ ס' ק"צ סעיף ג' ומרמב"ן הובא בר"ן בקדושין שם ומרשב"א שם :

ד) גם יבואר הטעם דלישנא בתרא דרבא דב"ק דף קי"ב והרבה פוסקים פסקו כוותיה דלכאורה צריכין להבין • בתוך הדברים יבואר דהא דמחוייבין השומרים באחריות הוא רק מצד גזירת הכתוב מב"ק דף נ"ז ע"א ומתוספות שם ד"ה כגון ומרא"ש שם ומש"ע ח"מ ס' ש"ג סעיף ב' ומשם דף נ"ו ע"א וגם הא דאמרינן בבמה דוכתא אונס רחמנא פטרי וכו' וטעם דלישנא בתרא דרבא הוא כמש"כ התוספות כתובות דף פ"ב שם דף פ"ו ומהאשה רבה דף צ"ג׳ בתוך הדברים יבואר דברי הרמ"א בס' ר"ג תירוץ על קושיות הסמ"ע שם מתוספות קרושין דף ס"ג ד"ה כגון ומחידושי הרשב"א שם ומח"מ סי' ק"ד ס"ו ועיין בש"ך שם ראיה לדברי מב"ב דף קנ"ז ע"ב בתוך הדברים יבואר שהסמ"ע שביק תירוצו השני דלכאורה קשה על הסמ"ע כמ' ס' ס"ו ועיין בתומים שם ובקצה"ח שם ולא כבעל נתיבות המשפט שפסק כתירוץ השני של הסמ"ע :

ה) גם יבואר פירש בדברי הסמ"ע שם :

ו) גם יבואר ראיה לדברינו מקדושין דף ס"ב ע"ב ומרש"י שם ומר"ן בחידושיו לרב אלפס שם דלכאורה קשה על פירושם שני

שני קושיות מקדושין דף נ"ט והוא מבואר בתשובת הרשב"א שהביא הב"י והח"מ סי' מ' ומיבמות דף ל"ב ע"א ומנדרים דף י"ת ומשם ס"ט :

ז) גם יבואר ראיה לדברינו מב"ב דף קנ"ז ע"ב על פי דברי הש"ך בח"מ ס' ר"ט ס"ק ה' ומט"ז שם ס' קי"ב סעיף א' ודברי הט"ז אינם מובנים להמעיין בתשובות הרא"ש כלל ע"ט ס' י"ב ולפי דברי הקצוה"ת בס' קי"ב שהוכיח דהרמב"ם סובר דנכסים דאקני אינה משתעבד מן התורה בפ' י"ח מהלכות מלוה אי נימא דלא פליג הרא"ש על הרמב"ם יהיה צ"ע על ש"ע שם ומזה יש ראיה לדברינו דלקמן וגם מביאורי הגר"א בס' קי"ב ס"ק ו' דשיעבור עדיף מקנין :

פרח ד אות ג

א) גם יבואר שדברי קצוה"ת בריש ס' קי"ב אינם מובנים לפי דברי הריטב"א בקדושין דף י"ג ע"ב ד"ה אלא ומדברי התוספות פ' מי שמת ד"ה דאקני :

ב) גם יבואר ראיה לדברי התוספות מב"ק דף ל"ג ע"א :

ג) יבואר שהתוספות והרא"ש והמרדכי ריש פ' אע"פ סוברים ג"כ כסברת התוספות דב"ק הנ"ל דהיכא דשיעבודא חל כמילא עדיף יותר :

ד) גם יבואר ראיה מהגמרא דבע"ח קונה משכון שאיתא בכמה דוכתי לסברא זו לפי דברי הגמרא דב"מ דף פ"ב ע"א וקצה"ת ס' ס' ס"ק ה' ובעל הפלאה דכתובות דף פ"ו על תוספות ד"ה האומר וקדושין דף ה' וכתובות (דף פ"ו ע"א) :

ה) גם מבואר ראיה לסברא זו לשיעבוד ממילא מב"ק (דף צ"ח ע"ב) ומרשב"א שם ומח"מ סימן ש"ו ומקדושין דף מ"ח ע"ב לפ"ז ניחא הא דלא הביא רבינו אלי' שהובא בתוספות ובראי"ש ובמרדכי בריש פרק אע"פ מר' שומרים המבוארים בתורה לפי דברי התוספות דב"ק דף נ"ז ע"א ד"ה כגון וח"מ ס' ש"ג ס"ב ואף למ"ד שיעבודי לאו דאורייתא ולהפוסקים דפסקו כוותיה גם לפי דבריהם ויש טעם על שיעבוד דאקני על פי דברי הרשב"ם דב"ב דף ס"ז ע"א ובזה יהיו ניחא דברי התוספות דב"ב (דף י"ז) ד"ה דאקני שלכאורה דבריהם צריכין הבנה :

ו) גם יבואר כוונת מהרי"ט שהובא בקצה"ת בריש ס' קי"ב על פי דברי הש"ע ס' סמ"ך ס"ו תומים על סעיף הנ"ל :

ז) גם יבואר טעם שיכול לחזור משיעבוד דאקני ע"פ דברי נתיבות המשפט ס' סמ"ך :

פרח ד אות ח

א) גם יבואר שהרמב"ם פ"ז מהלכות מעשר הלכה ז' מוכח כפירש רש"י בגיטין שם ולא כפירוש הראב"ד הובא בחידושי הר"ן שם ויש נפקא מינה לדינא לפי מאי דמבואר בחו"מ סימן מ' :

ב) גם יבואר תירוץ על שני הקושיות שהקשה הרשב"א שם מב"מ דף מ"ז ע"ב ומשם דף מ"ט · גמר הפירוש ברברי ש"ע בס' ר"ט ורמב"ם הנ"ל לפי מאי דאיתא בגיטין דף ל' הנ"ל לפי מה שבררתי שפסקינן כפירש"י שם וגם היש"ש שם פסק ג"כ כפירש רש"י מ"מ ניחא תירוץ הכסף משנה שיקנה הדבר המצוי בשוק כמו שאם היה ברשותו דלא כבעל נתיבות המשפט שם באות ט' :

פרח ד אות ט

א) גם יבואר תירוץ על הרמב"ם דפ' כ"ר מה' מכירה הל' ג' מח"מ ס' קצ"ג ס"א ומקדושין דף כ"ו ע"א ומח"מ ס' ק"צ סעיף ז' ומגיטין דף ל' ע"א ומט"ז בח"מ ס' רט"ז סעיף ד ומב"מ דף ס"ג ע"א ומיו"ד ס' קס"ג סעיף א' ועיין בש"ך שם ס"ק ד' ומסי' קע"ה סעיף א' וממשכנות יעקב בח"מ סי' מ"ו :

ב) גם יבואר סברת הראב"ד שם דאזיל לשיטתו כמו שהובא דבריו בר"ן לגיטין שם ותוספות בכורות דף י"ח ע"ב ד"ה דתקני ומב"מ דף מ"ז ע"א ומח"מ סי' רצ"ב סעיף ז' ברמ"א ועיין שם בש"ך ומירושלמי פרק איזהו נשך ומרמב"ם פ' כ"ב מה מכירה ומב"ם דף מ"ז ע"ב ומקדושין דף כ"ח ע"ב ומב"מ דף מ"ו ע"ב ומח"מ סימן קצ"ם סעיף ב' ועיין בט"ז בסימן רט"ז סעיף ז' :

פרח ד אות י

א) גם יבואר שאין מובנים דברי המהרי"ט בח' שני סימן פ"א מר"ה דף ו' ע"א ומחולין דף קל"ט ע"א :

ב) גם יבואר שאינו מובנים דברי האורים ותומים בס' סמ"ך ס"ק י"א מב"ם דף מ"ה ומח"מ ס' ר"ג סעיף ד' ומסק"א סעיף א' ועיין בקצה"ת שם ס"ק ה' ומב"ק דף צ"ג ע"א :

ג) גם יבואר שאין מובנים דברי הנתיבות המשפט בסימן ס' ס"ק ד' ומב"ם דף ס"ג ע"א ומשם דף ע"ב ע"ב ומיו"ד ס' קס"ג סעיף א' עיין בש"ך שם ס"ק ד' ומשם סימן קע"ה סעיף א' :

ד) גם יבואר שאין מובנים שאר דברי הקצות החושן בריש סימן קי"ב :

פרח ד אות יא

א) גם יבואר שאינם מובנים דברי הבעל מחנה אפרים גם יבואר באיזה סברא פליגי הרשב"ם והתוס' בב"ב דף קנ"ז :

ב) גם יבואר טעמו דר"ם דאמר אחריות אין טעות סופר :

ג) גם יבואר הטעם של הפוסקים שסוברים דאקני לאו טעות סופר הוא מרש"י מגיטין דף ל"ז :

ד) גם יבואר דהוכחת הקצה"ת דסי' קי"ב בדברי הרמב"ם אינו מובן מפסחים דף ל"א ע"א :

ה) גם יבואר שהפוסקים שסוברים דאחריות דאקני לאו ט"ס הוא מ"מ אינו צריך לכתוב רק שהשיעבוד נכסים על נכסים דאקני מב"ב דף ס"ד ע"א וח"מ ס' רנ"ד סעיף ב' :

ו) גם יבואר טעם למה מועיל שיעבוד על דאקני לפי מה שכתב הב"י בברק הבית בס' ס' והוכיח כן מריש פרק בני העיר :

ז) גם יבואר טעם הרמב"ן שסובר דאחריות דאקני יכול לחזור דאזיל לשיטתו הובא דבריו בח"מ ס' רי"ב סעיף ג' ברמ"א מב"ב דף קע"ה ע"א ומח"מ סימן רפ"א ומבבא בתרא דף קנ"ז ע"ב ומביאורי הגר"א בס' רי"ב ס"ק ח' ומש"ך ריש ס' ל"ט ומביאורי הגר"א סי' ר"ג :

פרח ד אות יב

א) גם יבואר שאינו מובן דברי הקצה"ת ס' ק"ז סעיף ד' ס"ק ז' ובתחילה בארתי שדעת התוספות דקדושין דף ה' ע"א ד"ה שכן שקנין אגב הוה מדאורייתא וזה שמעתי מחותני הגאון ולדעתו גם רש"י והרשב"א והריטב"א והר"ן בגיטין דף ע"ז סוברין כן לפי הסוגיא דגיטין דף כ"ח ע"א אך דברי קצה"ת הנ"ל אינם מובנים לפי דעת הרמב"ן הובא בח"מ סימן רי"ב סעיף ג' ומב"ב דף קע"ה ע"ב :

ב) גם יבואר שבין לסברת הרמב"ן בין להתוספות ובין להרשב"ם ששיעבד עדיף יותר מקנין בטעמים שונים טעם חדש מאי דבשיעבור דאקני יכול לחזור :

ג) גם יבואר תירוץ על קושיות שער המלך פ' כ"ב מהל' מכירה בסוף הלכה ה' מב"ב דף קנ"ז ומקנ"ד ומזה היה ראיה לדברינו :

ד) גם יבואר שהראיות שער המלך ממהר"י חיון אינה מובן מש"ע ס' ס' סעיף ב' ומסמ"ע ס' ר"ז ס"ק ס' :

ה) גם יבואר שיש לכאורה ראיה להכרעת הרמ"א הנ"ל מגיטין דף פ"ב ע"ב סתירה לזה מקדושין דף ז'

ו) גם יבואר שהתירוץ של הגאון בעל ישועות יעקב המבואר בסי' קט"ו על הקושיות הכנה"ג על הך דב"ב אינו מובן פילפול בדברי הגמרא דשם :

ז) גם יבואר פירוש לדברי הרמ"א בסי' ר"ט שכתב בלשון יש מי שאומר מדברי המרדכי ריש פרק מי שמת ובזה מיושב מה שהקשה הסמ"ע בס' ר"ג על הרמ"א הנ"ל פירש לדברי ד"מ סי' ה"ט אות ו' וגם פירש בדברי הד"מ ס' ר"ג דלא כפירש הסמ"ע שם :

פרח ד אות יג

א) גם יבואר שגם התוספות בבא קמא דף ק"ר ד"ה אגב סוברים ג"כ דקנין אגב הוי מן התורה :

ב) גם יבואר שבגמרא ב"ם דף מ"ו אין להוכיח זאת וזה שמעתי מפי הרב הגדול הצדיק מהו' מנחם מענדיל מקאוונא לפי דברי הגמרא דגיטין דף ס"ה ע"א :

ג) וגם יבואר קושיא על התוספות דב"ק הנ"ל לפי מה שכתבו בעצמם בב"ב דף קי"ט · תירוץ על זה דלכאורה קשה על הב"י בא"ע סי' כ"ח והביאו הב"ש וכתב שם שכן דעת הר"ן מב"ם דף מ"ו הנ"ל מירושלמי דתרומות פרק ג' הלכה א' דנראה מהירושלמי דהמעות שפורה בהם בעינן שיהיו מסוים לפי מה שכתב הרמב"ם פ"ר מ"ה מע"ש ולפי זה צריכין ליישב הגמרא דב"ם דף מ"ו הנ"ל לשיטת הרמב"ם הובא בח"מ סימן רמ"א סעיף ד' · תירוץ על קושיות התוספות דף מ"ו הנ"ל לפי דברי הריטב"א בקרושין דף כ"ו ע"א ד"ה וקש"א להו :

ד) גם יבואר הוכחה דהמשנה דעומר בגורן אתיא כר"מ דאית ליה ברירה מקרושין דף נ"ר ע"ב · בתוך הדברים :

ה) יש קושיות ופירוקים הרבה מרש"י דקדושין דף כ"ו ע"ב ומב"מ דף ל"ה ע"א ומרמב"ן פרק רביעי דב"ק בסוגיא דתוקע לחבירו ומשיטה מקובצת שם בדף ק"ד ומח"מ סימן רי"א סעיף ז' ומש"ך ס' פ"ח ס"ק מ"ז ומשבועות דף מ"ב ומ"ג ומש"ע ריש ס' פ"ב ומרש"י ותוספות בקדושין דף כ"ו וכ"ז ומרמב"ם פ' חמישי ה' מעשר ה' ג' שם ה' א' לפי זה ניחא דברי התוספות דבבא קמא דף ק"ד הנ"ל דלא יהיה קשה מאי דקשיא לן :

פרח ד אות יז

א) בו יבואר קושיא להרעה דקנה הכל מב"ב דף קמ"ט ע"א תירוץ על זה מנודע ביהודא במהדורא קמא דס' כ"ט בח"מ וכעין זה כתב הגר"א בס' ר"ג ס"ק מ"ב לפ"ז יש לסתור ראיתו מקדושין דף ס"ב הנ"ל אך מה שהבאתי ראיה מב"ב דף קנ"ז קמ"ה אף לפי דברי הנודע ביהודא לפי מאי דאיתא בנדרים דף ס"ט ע"ב · ועיין בר"ן ובהרא"ש ובתוספות שם ובט"ז ביו"ד ס' רל"ד ס"ק ל"ח · ישוב לרבינו שלא יקשה מב"ב מדף מ"ד ע"ב תירוץ על זה מקדושין דף כ"ו ע"א ומתוספות קדושין דף ה' ע"ב ד"ה שכן :

ב) גם יבואר לדברי הנודע ביהודא הנ"ל אינו מובן מדברי תוספות רי"ד דף נ' · פירוש בדברי הרא"ש והר"ן שם על פי דברי תוספות רי"ד וגם מדברי הח"מ ס' מ"א והרב המגיד פ"ט מה' אישות :·

ג) גם יבואר שדברי הגר"א נכונים אף לפי דברי תוספות רי"ד ראיה לדברינו מסוף דברי תוספות רי"ד ולפ"ז נשאר הקושיא להרעה דאמרינן מיגו מהך דב"ב דף קמ"ט הנ"ל ישוב לכאורה ע"ז · ומתוספות גיטין דף י"ג ע"ב ד"ה גופא פירוש לדברי התוספות הזה על פי דברי התוספות דגיטין דף י"א ד"ה כל · לכאורה סתירה על זה מתוספות ריש מציעא ד"ה ויחלוקו וישוב לזה · בתוך זה יבואר סברא הרשה בהך דאמרינן בב"מ דף ל"ו ע"א · עוד תירוץ על הך קושיא דב"ב מקדושין דף כ"ו סתירה על התירוצים הנ"ל מקדושין דף נ"א לפי דברי הראשונים הרא"ש והר"ן שם והרב המגיד פ"ט מה' אישות ועל פי ביאורי הגר"א סי' ר"ג הנ"ל :

פרח ד אות יח

א) גם יבואר אם מקנה עבדים אגב קרקע ורוצין עבדים שיהיו נקנים אי בעינן שיהיו עומדים בתוכה או לא ראיה מדלא חלקו הפוסקים משמע דבעינן עומדים בתוכה גם בזה האופן · לכאורה ראיה להיפך · מתחילה מבואר הטעם כיון דיש להם דעת בעינן עומדים בתוכה דצריך להבין זה · ביאור הטעם ע"פ דברי השיטה מקובצת לב"מ דף ל"ו ע"ב ד"ה רב פפא ע"פ דברי רש"י שם לפ"ז לא בעינן שיהיו עומדים בתוכה · אך יש ראיה מב"ק דף י"ב ומשיטה מקובצת שם ומדברי הפ"י שם ומדברי התורת חיים שם ומב"מ דף מ"א ומשבת דף פ"ו דגם בזה בעינן שיהיו עומדים בתוכה דעדיפא קנין מגו מקנין אגב וגם מבואר הטעם לזה :

ב) גם יבואר מה חשיבות הוא במה שיש להם דעת בתוך הדברים הובא דברי המשנה למלך פרק ב' מה' עבדים הלכה א' :

ג) גם יבואר שדעת השער המלך פ' כ"ב מה' מכירה סוף ה' ומהרי חיון וכה"ג הובא דבריהם בשער המלך הנ"ל וגם ישועות יעקב ס' קט"ו סוברים שלא כדברי הנודע ביהודא הנ"ל לפ"ז קמה מאי דקשיא לן על הך דב"ב הנ"ל תירוץ על זה מדברי הרמב"ן בריש פ' רביעי דב"ק ומסמ"ע סימן ע"ה ס"ק י"ב ומתוספות גיטין דף י"ג ד"ה גופא וב"מ דף ל"ו ע"א לכאורה סתירה על דברינו מב"מ דף מ"ג ומתוספות שם דף כ"ט ע"א ד"ה הוי שואל · ומש"ך בח"מ סי' רצ"ב ס"ק ט' · ישוב לזה בתוך הדברים דלפי דברי הקצוה"ח והאו"ת בסימן ס' קשה קושיא אחרת על הך דב"ב הנ"ל · ישוב לזה · מזה מוכח כדברי האורים ותומים דאם התחייב א"ע ליתן דבר שלא בא לעולם אמרינן כיון שמת פקע שיעבודו : לכאורה סתירה על זה מקצה"ח ריש ס' מ' ישוב לזה מב"ב דף קע"ד · לפ"ז לכאורה לא נוכל לומר דמה שמחויב השומר באחריות בשעה שהאנס הוא מטעם מיגו · ישוב על זה דבשיעבוד אמרינן מיגו אף שאין בזמן אחת דלא דמי לקנין מב"ב דף קנ"ז ע"א ומרשב"ם ומתוספות שם · קושיא על דברינו מב"מ דף ט' ע"ב ומרמב"ם פרק ב' מהל' מתנות עניים ה' י"ט · ישוב על זה מרש"י דפסחים דף ל"ח ע"א ד"ה או דילמא ומתוספות חולין דף פ"ה ד"ה ור"י ובזה ניחא דברי התוספות בכתובות דף פ"ב · אך עדיין נשאר לנו לבאר מה שיש קושיא אחרת על הרמב"ם דפ' ב' מה' מכירה לרמב"ם פ"ט מה' גרושין לפי פירש דברו הרב המגיד ברמב"ם דלר"י ניחא דאזיל לטעמו שסובר בסוף פ' השולח אבל לדברי הרמב"ם לא תוכל ליישב כן והקושיא הזו נמשכת מדברי הר"ן והנ"י פ' השואל · ישוב לדברי הרמב"ם דהרמב"ם אזיל לטעמו לפי מה שכתב הת"ח לב"מ דף נ"ו ד"ה והא נמי ומח"מ סי' שט"ו סעיף ב' ובביאורי הגר"א שם ס"ק ג' · ולפ"ז צריכין לברר דברי הרמב"ם פ' כ"ג מהלכות מכירה הלכה ה' הובא בש"ע סי' רי"ב סעיף ד' · פירוש על דברי הרמב"ם הנ"ל מריטב"א הובא בכתנה אפרים ריש הלכות שכירות פועלים נכר תירוץ על הרמב"ם הנ"ל בריש הפרח · בתוך הדברים יבואר שהרמב"ם והריטב"א עולים בקנה אחד כמו שהבין בש"ך ס' קצ"ח ס"ק ו' בשמו לפי מאי דאיתא בב"ב דף פ"ד ובזה ניחא גמרא דפסחים דף ד' ע"א מה שהקשה המקור החיים בס' ת"מ אות ה' לפי דברי הש"ך שי"ג ס"ק א' בשם הריב"ש לכאורה קושיא על דברינו מחולין ריש פרק ראשית הגז וממנחות דף מ"ד ע"א ישוב לזה · ואדרבה מוכח להיפך כדברי הרמב"ם מזה הגמרא ישוב לדברי הפוסקים שלא יקשה עליהם לפי מה שהוכחתי מתוספות פרק הזהב דף נ"ו ומתוספות ע"ז דף ט"ו · לכאורה קשה על דברינו ממתנה על מנת להחזיר · ישוב לדברינו מאו"ח סי' תרנ"ה סעיף ב' ומסוכה דף מ"ו ע"ב ומגן אברהם שם ס"ק ו' :

ד) גם יבואר פירוש לדברי הרמב"ם פרק ו' מהלכות שכירות הלכה ה' לפי דברינו לתרץ קושיות הב"י בסי' שי"ג עליו תירוץ הל"מ על זה בשם מרדכי מטאלין שם פ"ז ה' א' :

ה) גם יבואר שלא יהיה קשה על דברינו מע"א דף ט"ו ע"א לפי מה שכתב המגן אברהם סי' רמ"ו ס"ק י"ג · ישוב לזה מב"י סוף סי' רמ"ה :

ו) גם יבואר פירוש על דברי הגהות אשרי דע"א סוף סימן כ"ב דלא כפירש מגן אברהם הנ"ל ס"ק ח' ודלא כשאגת ארי' בס' פ"ג שסובר רבינו אפרים כחידושי הר"ן והנ"י פרק השואל :

דינים היוצאים מפרח הזה מאות ב

א) דין אם הקנה שני דברים המועיל בהן את הקנין כגון אם הקנה בק"ס שתי פרות אחת תהי' קנוי' לו עכשיו והשני תהא קנוי' לו אחר שלשים יום לא קנה השני כיון דקודם השלשים כלתה קניתו דהדרא סודרא למרא ואף הדעות שהובא ברמ"א בסימן ר"ג סעיף י' מודים לזה דלא קנה הפרה שהקנה לו לאחר שלשים יום וגמר דברינו מזה הדין מבואר באות י"ב :

ב) דין אם הקנה דבר שאין בו ממש עם דבר שיש בו ממש לא היו מוציאין מיד המוחזק אם תפס הדבר שאין בו ממש לפי מה שכתב ספר בני חייא בסימן ר"ג . דאם הקנה שני דברים ואחד מהם אין מועיל בו קנין דהיו מוציאין מיד המוחזק וקנה הכל כפי הדיעה השניה ההובא ברמ"א שם וכתב שם שכן כתב מ"צ ח"ב ס' ל"ו וסימן יו"ד וסימן י"ז וסימן ל' וסימן כ"א כתב דהמוציא מחבירו עליו הראי' וכ"כ לחם רב סימן מ"ט וקצ"ג והרש"ת סימן י"ז וסימן ל' הר"ם די בוטין סימן כ"ה מהר"ר עזרי' יהושע והר"ר כלב קלאפו בתשובות כתיבת יד וגם כתב שם שהר"י באסאן בהרימ"ט ח"מ סימן נ"ב כתב שראה רבותינו לא היו חוששין לסברות אלו ואפי' להכרעת הרבינו שמחה ז"ל ואפילו להחזיק ומדבריו למרנו דהלכה כמ"ד דקנה הכל עכ"ל בני חייא :

מאות ה יוצא

ג) דין אם מלוה את הכהן או את העני להיות מפריש עליהן התרומות ומעשרות ולא נתן המעות רק התחייב בעה"ב בשטר ללות על התרומות ומעשרות פליגא בזה הרמב"ם עם הראב"ד שהרמב"ם סובר שבעה"ב מחויב להלות ואינו יכול לחזור והראב"ד ס"ל דיכול לחזור כיון דלא נתחייב בשטר רק מחמת שמכר הכהן או העני התרומות ומעשרות ובמכירה יכול לחזור הבעה"ב כיון שלא נתן המעות עדיין גם יכול להזור מהחיוב שהתחייב להלות את העני ובודאי הבעה"ב המוחזק אין מוציאין מידו דהמוציא מחבירו עליו הראיה :

ד) דין הפוסק על שער שבשוק והוא מצוי לקנות וקיבל המוכר דמי המכירה המוכר יכול לחזור ולא הלוקח :

ה) דין אם קנה המוכר אח"כ הרבה כורין חיטים והוא לא פסק על שער שבשוק רק על כור אחד ונשרף אחד מהם יכול המוכר לומר לו כור שלך נשרף דלא כדמשמע מבעל נתיבות המשפט בח"מ סימן ר"ט :

מאות ו יוצא

ו) דין אם אמר קרקע ודקלים אני מוכר לך ואין לו דקלים והקנין הי' במעות המוכר יכול לחזור ולא הלוקח כן הוא דעת הרמב"ם לפי זה המוחזק יכול לומר קים לי כיון שהמחבר פסק

פסק בסימן רמ"ז סעיף ה' כהרמב"ם ובפרט שהראב"ד ג"כ מסכים לזה שאין הלוקח יכול לחזור וגם הוא דעת התוספות בבכורות דף י"ח כמבואר בפנים :

מאות ז יוצא

ז) דין אם התחייב אדם ליתן לחבירו דבר שלא בא לעולם אינו מחויב באחריותו דאיכא שיעבוד נכסים על זה אם לאו ששיעבד בפירוש :

ח) דין אם התחייב ליתן דבר שאינו ברשותו אף שהוא מצוי לקנות אינו השוב כאילו ברשותו ונ"מ אם מת קודם שבא לרשותו אין מחוייבין היורשים ליתן כיון דמית פקע חיובו דלא כבעל נתיבות המשפט סימן ס"ף שכתב דאם מצוי לקנות אף במתנה אמרינן דהוה כאילו ברשותו :

מאות ט יוצא

ט) דין דקנין אגב הוא מן התורה ונ"מ לכמה דברים :

י) דין אם שיעבד מטלטלים אגב קרקע אם אין בהשיעבוד הזה רק המטלטלים שיש לו ומת ומכרו היורשין המטלטלין מחויבין היורשים לשלם דלא כמ"ש הכנה"ג הובא דבריו בקצה"ח סימן ק"ז ס"ק ז' אך אם יש בהשיעבוד הזה גם מטלטלין דעתיד למקני אף אם מכרו היורשין המטלטלין שהיו לאביהם בעת ששיעבד ג"כ אין מחויבין לשלם :

מאות יב יוצא

יא) דין לפי מה שכתב בני חייא שאם החזיק בדבר שאינו מועיל קנין אינה יכול להוציאם מידו עיין לעיל באות ב' שהובא כן בשם גדולי פוסקים דלפי דבריהם אם אמר חפץ זה שמועיל בה קנין וגם החפץ פלוני שאינו ברשותו וגם אין מועיל בה קנין יהי' קנוים לך ביחד אם תפס המקבל מתנה או הלוקח את הדבר שאין מועיל בו קנין אין מוציאין מידו שלא כדברי הנודע ביהודא שסובר דבזה כולה עלמא מודים דלא קנה הדבר שאין מועיל בה קנין :

יב) דין דהמוחזק יכול לומר קים לי כהך דעה שסובר דלא קנה אף הדבר המועיל בה קנין :

יג) דין אם יש בהמה המשותפת לישראל ולעכו"ם אם העכו"ם עושה מלאכה משל ישראל בעצמו בבהמה זו בשבת אף שבשאר מלאכות אם העכו"ם עושה מעצמו אין הישראל מחויב למחות אותו שלא יעשה עבורו מ"מ הכא מחויב הישראל למחות שלא יעשה מלאכתו בבהמה המשותפת להם כדי שלא יעבור על שביתת בהמתו אף דלכאורה מן המגן אברהם לא משמע כן אך המ"א דילג איזה תיבות מתשובות הריב"ש כמבואר בפנים :

יד) דין אם השכיר אתרוג להריח בו אם נטל אותו ביום ראשון כגון שאין לו אחר אין לברך עליו כמ"ש בפנים בסוף הדינים המלוקטים מזה הפרח :

פרח ח

בו יבואר שיש לכאורה ראיה לשיטת הפוסקים דבשכירות קנה השוכר שיהיה שותף בנווה אף דבע"א מוכח דבשכירות לא קנייה היינו דאינו קונה לגמרי מב"ק דף מ"ח ע"ב · סתירה לזה שלדעת הרמב"ם שהובא בח"מ סי' רמ"א סעיף ד' שסובר שדבר שאינו מסוים לא קנה ע"כ צריכין לפרש פירוש אחר בדברי הגמרא הנ"ל · בתוך הדברים יתורץ דברי הרמב"ם הנ"ל מה שהקשו עליו הראשונים חדא קושיות התוספות דגיטין דף ט' ד"ה לעולם על רש"י דשם דסובר כדעת הרמב"ם הנ"ל · שנית קושיות הר"ן שם מהך דפ' ב' דמנחות :

א) גם יבואר קושיות המשכנות יעקב חלק ח"מ סי' ס"ט מב"ב דף ס"ט ע"ב תירוץ על קושיות הנ"ל לפי סברת רשב"ם מבבא בתרא דף מ"ה ע"ב ומבבא מציעא דף ע"ז ע"ב ומח"מ סי' ק"צ סעיף י' ומקדושין דף ג' ע"א ומח"מ סי' ר"ז סעיף ג' ומכתובות דף ע"ו ע"ב ומתוספות כתובות דף פ"ב ד"ה הא ומקדושין דף ס' ומהאשה רבה דף צ"ג :

ב) גם יבואר תירוץ על קושיות הר"ן דגיטין שם על הרמב"ם הנ"ל מהך דשני דייני גזירות מדברי הר"ן עצמו שכתב בכתובות פ' הכותב ומש"ך ס' רנ"ג ס"ק ל' :

ג) גם יבואר תירוץ על קושית משכנות יעקב על הרמב"ם הנ"ל מקדושין דף נ"א תירוץ על זה מדברי רש"י דב"מ דף י"א ע"ב ד"ה רב פפא ומכתובות דף מ"ו ומכתובות דף מ"ג ע"ב ומא"ע סי' ל"ז סעיף א' וג' ומב"ק דף פ"ז ע"ב ומערכין דף ע"ט ע"ב ומנדרים דף פ"ח ע"ב ומקדושין נ"ט ע"א ומפסקי מהרי"א סי' מ"ט ומגיטין דף ל"ט ע"א ומקדושין דף מ"ג ע"א ומשנה למלך ריש פ' ב' מה' עבדים :

ד) גם יבואר מאין המציא הרמב"ם דפ' שלישי דהלכות זכיה ומתנה הלכה ה' דאם סיים את השדה ולא פירש איזה חלק מהשדה מכר לו גם זה מקרי מסוים · לפי דעתי אין זה מהך דבית כור הנ"ל כמו שכתב לעיל אלא מירושלמי דתרומות פ"ג הלכה א' בתוך הדברים מבואר פירוש הירושלמי הנ"ל כי אינו מובן פירוש רש"ש דפ"ז דדמאי משנה ד' :

ה) וגם יבואר מה שלכאורה קשה לפי פירושי כתוספות תמורה דף ד' ע"ב ד"ה ור' יעקב ומגמרא דריש פ' האיש מקדש ישוב לזה בשני אופנים :

ו) גם יבואר שר' יוסף הלוי מיגש והרמב"ם הוציאו דינם מבבלי דקדושין דף נ"ט ע"ב :

ז) גם יבואר שלא יהיו קשה לדברי הרמב"ם הנ"ל מסוגיא דבכורות דף י"ח דיכול לפרש כפירוש התוספות עם לפ"ז אין ראיה משם ומב"ק דף מ"ח הנ"ל דשכירות קונה גוף הדבר לפי דברי הר"ן פ"ק דקדושין ורשב"א שם דף ח' ע"ב וכבבא בתרא דף קע"ג ע"ב :

דין היוצא מהפרח זה

דין דהמוחזק יכול לומר קים לי כהרמב"ם וסייעתו דלא קנה אם הדבר אינה מסוים בשעה שמכר לו או שנתן לו כגון שמכר אחת משדותיו ולא בירר איזה שדה מכר לו :

פרח ו

בו יבואר שאין אנו מבינין דברי בעל מחנה אפרים דריש הלכות שכירות שמביא ראיה לדעת הרמב"ם דאם צבור כליו לתוכו הוה חזקה מב"ק דף מ"ח לפי דברי בפרח הקודם שפירוש אחר בגמרא שם ובארתי זאת מדברי הר"ן דקדושין דף ה' ע"ב ומרשב"א שם ומב"ב דף קע"ג ע"ב ומתוספות :

א) בכורות דף י"ח ומגיטין דף ע"ז ע"ב גם אינו מובן מה שהביא ראיה המחנה אפרים מר"ן דקדושין דף ה' כדעת הרמב"ם דזה אינו מובן מדברי עצמו מ"ש בהלכות קנין חצר ס' ו' ודבריו שבכאן ושבשם אינו מובן ממה שכתב בחידושי הר"ן פ"ק דמציעא :

ב) דף ט"ו ע"א ד"ה מכדי · גם אינו מובן מה שכתב הבעל מחנה אפרים דלא פליגא התוספות בבכורות הנ"ל על הרמב"ם לפי מאי דאיתא בגיטין דף ע"ז אך באופן אחר נוכל לומר דלא פליגי לפי מאי שכתב הש"ך דח"מ סי' ר"ב ס"ק ג' וס' קצ"ה ס"ק ז' לפי מה שכתב השיטה מקובצת דב"מ בהך דמצא בגל וכו' הובא דבריו בספר ישועות יעקב בא"ע בסוף סימן ל' · גם אינו מובן מה שכתב לדעת הרשב"ם לב"ב דף פ"ה לפי דברי הקודמין :

ג) גם אינו מובן מה שכתב דהרא"ש פרק קמא דפסחים סובר כדעת הרמב"ם דלכאורה קשה על הרא"ש שם מע"א דף ט"ו ע"א וקושיא זו הקשה השאגת ארי' בס' פ"ג · תירוץ על זה ממקור חיים סימן ת"מ ס"ק ה' ולפי דברי המקור חיים ולפי דברי הקודמין אין ראיה מהרא"ש הנ"ל גם הקשה המחנה אפרים על דברי הרשב"ם דב"ב הנ"ל ועל דברי הרא"ש דפסחים הנ"ל בפרק משילין גם זה אינו מובן שלפי דבריו יהיה קשה דברי דסוף פרק משילין הנ"ל עם ב"ק דף מ"ח הנ"ל הדרי · וישוב על זה :

פרח ז

בו יבואר שלכאורה קשה על הנך פוסקים שהביא הבעל מחנה אפרים בס' ה' בהלכות שכירות דבשכירות קנה גוף הדבר מע"א דף ע"ה ע"ב ישוב לכאורה על זה על פי מה שכתב הישי"ש בפ"ה דב"ק סוף ס' ל"ג וס' ל"ד אך דבריו אינם מובנים לי שבחידושי הר"ן ות"ג פרק השואל כתבו להיפך · בתוך הדברים יבואר מה שהקשה עליו הקצה"ח ס' רי"א סעיף ז' ס"ק ב' מדברי התוספות דפ' הספינה דף פ"ז ישוב לזה מב"מ דף צ' ע"א אף לשיטת הרמב"ם הובא בסמ"ע סימן שמ"ו יהיה ג"כ ניחא · ראיה לדברינו מנדרים דף ל"ג ע"א שם הביא הקצה"ח שם שמוכח מדברי התוספות דב"ק דף ע' לא כדברי הישי"ש הנ"ל מהראיה הזה יהיה לכאורה קשה על הנך פוסקים שסוברים דשואל קונה גוף הדבר · ישוב לזה מביאורי הגר"א ס' ע"ב ומקדושין דף נ"ח ע"ב ומדברי הריטב"א שם ומקצה"ח סי' רע"ה ומבכורות דף י"א ע"א :

א) גם יבואר קושיא שלכאורה קשה דברי הריטב"א הדרי לפי מה שהובא דעתו בב"י ביו"ד סי' ק"כ · בתוך הדברים הבאתי שני קושיות הגאון בעל ישועות יעקב שנדפס בחלק ח"מ סימן קנ"ו · ישוב על זה מביאורי הגר"א סימן ק"כ ס"ק כ' · בתוך הדברים יבואר ישוב לדברי הרמב"ם דפ"ז מהלכות מ"א הלכה ו' וגם דברי הרמב"ם בפ"ה מהלכות גנבה הלכה ו'

ו׳ דהרמב״ם מפרש פירש אחר בב״ק דף קט״ו ע״א דלא כפירוש הסמ״ע בח״מ סימן שנ״ו ס״ק ח׳ · ביאור דברי הסמ״ע מה שלכאורה צריכין להבינם וגם במרדכי דב״מ דף קמ״ט מבואר דאינו מפרש כהסמ״ע הובא דבריו במשנה למלך שם יבואר פשט שמפרש הרמב״ם הגמרא דב״ק דף קט״ו הנ״ל כסברת התוספות פרק איזהו נשך דף ס״ו ע״א ע״ב ד״ה אי וכסברת הת״ח שם ראיה לדברינו משיטה מקובצת לב״ק שם בתוך הדברים יש קושיות ופירוקים :

ב) גם יבואר שגם לדברי הראב״ד והרשב״א הובא בב״י בסי׳ ק״ב שפסקו דבמשכנתא אף אם אין דעתו לשקועי צריך טבילה וגבי כלים השכורים פסקו דאינו צריך טבילה דלא סתרי הדדי על פי דברי הר״ן פרק כל שעה על הך סוגיא עכו״ם שהלוה את ישראל על חמצו וכו׳ וגם על פי דברי הריב״א שהובא בסמ״ג שהביאם היש״ש ד׳ בב״ק פ״ה סימן ל״ג וגם הרשב״א בנדרים דף מ״ו ד״ה מתניתין מסכים לפירוש ריב״א הנ״ל :

ג) גם יבואר במה נכנס המשכון של עכו״ם לרשותו של ישראל דבין בכסף שהלוה לו אינו נכנס לרשותו כדאיתא בקדושין דף מ״ז וגם במשיכה אינו קונה לפי דברי ר׳ יוסף הלוי על פי פירוש דברי הר״ן בחידושיו לב״מ דף ד׳ תירוץ על זה מקצה״ח סימן ע״ב ולקוח זאת הסברא מתוספת ע״א דף ע״ב ע״א ומהגהות אשרי פרק הזהב היכא דליכא קנין אחר קונין במשיכה :

ד) גם יבואר שהתוספת בפ׳ השואל דף צ״ט ג״כ כיונו לזאת הסברא לפי מאי דאיתא דף מ״ז ע״ב בב״מ · בתוך הדברים יבואר שמה שהביא ראיה הגאון נכר המחבר ישועות יעקב נגר דברי התוספת והגהות אשרי הנ״ל וגם השיטה מקובצת דפרק הזהב חלק עליהם · סתירה לזה מש״ס דף צ״ט בתוך הדברים יש קושיות ופירוקים על הסוגיא הנ״ל ראיה לדברינו מחידושי הר״ן שם ומסנהדרין דף ע״ב ע״א וגם מב״מ דף מ״ב ע״ב גם ראיה לדברינו מנ״י ריש פרק השואל :

ה) גם יבואר שאין סתירה לדברינו מחולין דף קל״ו :

ו) דינים היוצאים מפרח זה מבואר בפנים :

פרח ח

בו יבואר ראיה לקצה״ח בריש סימן ע״ב שכתב בשם הגהות אשרי פרק הזהב ותוספת פרק השוכר את הפועל דף ע״ב וגם אנכי כתבתי בפרח ז׳ שגם התוספת פרק השואל מוכח שסוברין היכא דליכא קנין כסף מועיל קנין משיכה אף לר״י מב״מ דף מ״ה ע״א ומעילה דף י״ט וכ״א. לפ״ז אף המשכון של עכו״ם מהני קנין כסף כיון דאינו קנין משיכה במשכון לפי דעת ר׳ יוסף הלוי הובא בר״ן לב״מ דף ד׳ :

א) גם יבואר שלשיטת הרמב״ם הובא ברשב״א בקדושין דף ט״ז ע״א אינו קשה על הך דב״מ דף מ״ח הנ״ל אך לפי דבריו יהיה קשה הסוגיא דגמרא דב״ק דף קי״ג · תירוץ על זה לפי שיטת רש״י בסנהדרין דף נ״ז ע״א ד״ה ישראל בעכו״ם וכן הכריע הש״ך בסימן שנ״ט ס״ק ב׳ לדינא בשם המרש״ל · אך לפי דברי הריטב״א בגיטין דף ל״ז ד״ה שבאי ולפי שיטת הר״ן בקדושין דף ט״ז ולפי דברי הריטב״א שהובא בשיטה מקובצת לב״מ דף י׳ ד״ה והא לכאורה קשה מב״מ הנ״ל תירוץ על זה מדברי הבעל מחנה אפרים ריש הלכות שכירות פועלים :

ב) גם יבואר שלפי דברי הרמב״ם בפרק י״ג בהלכות מכירה הלכות ט״ו לכאורה קשה על סוגיא דב״מ דף מ״ח הנ״ל ואין לתרץ דסובר כשיטת רש״י בקדושין דף ז׳ ע״א שיש דאדם בן חורין נ״כ הוקש לקרקע דלפי תירוץ הרב המגיד פרק ב׳ מהלכות טוען דין ג׳ על הרמב״ם שם אינו סובר הרמב״ם כשיטת רש״י :

פרח ט

בו יבואר שלכאורה לפי דברי הרב המגיד בפרח הקודם יש לתרץ דברי הרמב״ם דפ״ח מהלכות שבועות הלכה ב׳ כשמתרץ הקצה״ח בסוף סימן צ״ה ס״ק ח׳ קושיות התוספת ריש פרק נערה · סתירה לזה לתרץ הקצה״ח הנ״ל בין לשיטת הרמב״ם פ״ה דטוען ה״ב ובין לשיטת הראב״ד שם לפי דברי הרמ״א בח״מ סימן פ״ח סעיף ב׳ ובבאורי הגר״א שם הביא ראיה לזה מב״ב דף קל״ה :

ג) גם יבואר שתירוץ השני של שער המלך ה׳ עבדים סוף פ״ה על הרמב״ם דשבועות הנ״ל אינו מובן :

ד) גם יבואר ישוב על קושיות השער המלך שם על תוספת ריש פרק נערה הנ״ל שסותרים את דבריהם מה שכתבו בגיטין דף מ״ב ע״ב ד״ה מאי לאו ושם ד״ה חבל ביה · בתוך זה יתורץ דברי התוספת דריש פרק נערה מה שלכאורה אינם מובנים מרשב״א שם ד״ה הא :

ה) גם יבואר ישוב על מה שכתב בחידושי הר״ן שם סתירה לתירוץ הראשון של הרשב״א מח״מ סימן ס״ז סעיף ח׳ ומש״ך בח״מ סימן ל״ט ס״ק כ״ט :

ו) גם יבואר שגם תירוץ הראשון של שער המלך שם אינו מובן ישוב אחר לדברי הרמב״ם דהלכות שבועות · בתוך הדברים יהיה מיושב קושיות השער המלך על סוגיא דשבועות דף ל״ז ומה שתירץ הוא על קושיתו אינו מובן · בתוך הדברים יבואר שהרמב״ם לא ניחא לו תירוץ הב׳ של הרשב״א ותירוץ הר״ן דפרק השולח הנ״ל אך מיושב מה שקשה על הסוגיא דגמרא דגיטין שם כשמתרץ הרשב״א בתירוץ הראשון ומה שמיאן הר״ן בזה מיושב באופן אחר ממה שכתבתי לעיל · גמר תירוץ על קושיות השער המלך על הסוגיא דגמרא שבועות הנ״ל ובאלו הדברים מיושב הרמב״ם ד״ה שבועות הנ״ל דמיירי בחציו עבד וחציו בן חורין :

ז) גם יבואר שאין סתירה לזה מב״ק דף צ׳ ע״א לפי דברי התוספת שם ד״ה איש ואשה · ראיה לדברי מדברי קצה״ח בסוף סימן צ״ה ומדברי הפלאה ריש פרק נערה :

ח) גם יבואר תירוץ אחר על קושיות הראב״ד פרק חמישי דטוען על הרמב״ם שם :

ט) גם יבואר שהרמב״ם סובר דאדם בן חורין לא הוקש לקרקע ופועל גופו קנוי לפ״ז צריכין ליישב סוגיא דב״מ דף מ״ח הנ״ל וישוב לזה :

פרח י

בו יבואר מה שקשה לכאורה לפי שיטת הרמב״ם פ״ג מהלכות מכירה דפועל גופו קנוי אמאי עובר על בל תלין מב״ק דף צ״ח ע״ב ודף צ״ט · ישוב לזה · ובתוך הדברים יתיישב קושיות הקצה״ח בריש ס׳ ש״ו ס״ק ד׳ וגם מה שקשה על הך סוגיא דב״ק הנ״ל מב״ק דף צ״ו ע״ב ומרשב״א שם דף צ״ח ומ״א סי׳ רמ״ו ס״ק ח׳ ומשיטה מקובצת לב״מ דף י׳ ומחנה אפרים בס׳ י״א בהלכות קנין חצר · בתוך דברים יבואר שאינו מובן דברי הקצה״ח ס׳ ש״ו ומה שהביא ראיה לדבריו מדברי הר״ן פ׳ כל הנשבעין ושאר מפרשים ראשונים אינו מובן · בתוך הדברים יבואר באיזה סברא מחולקים הרמב״ן והר״ן שהביא ממגן אברהם ס׳ רמ״ו ומקדושין דף מ״ז ע״א ומרשב״ם דב״ב דף ס״ז ד״ה כיון שהחזיק ומב״מ דף פ׳ ע״ב ומשם דף קי״ב ע״א ובזה מיושב גמרא דב״מ דף מ״ח הנ״ל לפי שיטת הרמב״ם דפ״ג מהלכות מכירה הנ״ל · לפי דברינו דמוכח סברת קצה״ח בס׳ ע״ב מגמרא דב״מ דף מ״ח הנ״ל · תירוץ אחר לזה שאף לפי דברי ר׳ יוסף הלוי שהובא דבריו בחידושי הר״ן לב״מ דף ד׳ מהני קנין משיכה שנתן המשכון בשעת הלואה :

א) גם יבואר תירוץ על קושיות הגאון הנ״ל הא קי״ל דישראל מעכו״ם לא קנה משכון ואמאי צריכין טבילה · דלכאורה קשה לפי שיטת רש״י בגיטין דף ל״ז ובתוספת ב״מ דף ס״ז וב״מ דף ט״ו ע״ב ד״ה הא וביותר לפי פירוש התוספת שם ולפי דברי הפוסקים שהובא בש״ך בח״מ ס׳ קט״ו ס״ק כ״ו ישוב לזה כיון שהוציא מעותיו מגיטין דף מ״א מש״ע ח״מ ס׳ קי״ז סעיף א׳ ב״מ דף ס״ז ע״ב ומשבועות דף מ״ג ע״ב ומנתיבות המשפט ס׳ ע״ב ס״ק י״ג ומח״מ ר״ס קי״ז ומט״ז באו״ח ס׳ ת״מ ס״ק י״ר ומע״א דף ו׳, ע״ב ומתוספת שם ומיו״ד ס׳ קמ״ח ומרשב״א בחידושיו לחולין דף ל״ט ע״ב ד״ה חזינן ומכתובות דף ע״ט ומב״ב דף קס״ו ע״ב ומתוספת דכתובות דף צ״ז ע״א ד״ה זבין ומרא״ש שם ס׳ ט׳ ומח״מ ס׳ ר״ז ברמ״א לפ״ז מיושב קושיות הגאון הנ״ל שהקשה על סוף פ״ב דע״א ועל ש״ע יו״ד ס׳ ק״ב לפ״ז ג״כ ניחא מה שפסק דכלים השכורים מכותים אין צריך טבילה מח״מ ס׳ ש״ו ס״ב ומב״ב דף ע״ח ע״א ודף ע״ט ומח״מ שי״ב פ׳ י״ז : גם יבואר תירץ על הקושיא הקודמת של הגאון הנ״ל ממגן אברהם סי׳ תמ״א ס״ק י׳ :

גם יבואר קושיות הגאון הנ״ל מגיטין דף ל״ז ע״א ומח״מ ס׳ ס״ז סעיף ב׳ ומסמ״ע שם ס״ק י׳ ומתוספת שם בבא מציעא דף ס״ז ע״ב ד״ה ושביעית וממשכנות יעקב בחלק ח״מ ס׳ מ״ט ומש״ע שם ס׳ י״ב :

ג) גם יבואר תירוץ על קושיות המשכנות יעקב שם מה שהקשה על הך סוגיא דגיטין על סוגיא דפסחים דף ל״א ממכות דף ג׳ ע״ב ח״מ ס׳ ס״ז סעיף י׳ :

ד) גם מבואר שאין סתירה לדברי מתוספות ב״מ דף ט״ו ע״ב ד״ה הא :

פרח יא

בו יבואר שנתחזק על פי דברינו דלעיל קושיות נכד הגאון בעל ישועות יעקב הנ"ל האיך למדו דבשכירות אין בו משום דינא דבר מצרא ממשכנתא מתוספות שבועות דף מ"ד ד"ה שומר ומנתיבות המשפט סימן ע"ב ס"ק י"ג ומח"מ סי' שי"ב ס' י"ז :

ה) גם יבואר קושיא על הפוסקים הנ"ל שלמדו שכירות ממשכנתא מכתובות דף נ"ט ע"א · בתוך הדברים יבואר תירוץ על מה שלכאורה קשה שני קושיות על הך דכתובות הנ"ל מפסחים דף ל' ע"ב ומתוספות גיטין דף נ' ד"ה כיון ומרשב"א שם ומב"ש בא"ע ס' כ"ח ס"ק ל"ה ומתוספות ב"ב דף ע"ו ע"ב ד"ה קנה ומח"מ סי' ע"ד סעיף ב' · תירוץ על זה לפי סברת הר"ן הכתובה בפ' כל שעה · לפי דברינו יהי' מתורץ קושיות בעל דברי המשפט בסי' רי"א ס"ק ג' על סוגיא דכתובות הנ"ל ודב"ב קל"ו :

ו) גם יבואר שתירוצו של הדברי משפט על תירוצו שלו אינו מובן מתוספת והר"ן שם בכתובות ובראש ב"ק פ"ה סימן ו' :

ז) גם יבואר שלפי דברינו יהיו ניחא ראיות המבי"ט שהובא דבריו בש"ך בח"מ סי' שי"ב ס"ק ג' דלא כמו שדחה הבעל דברי המשפט שם :

ח) גם יבואר שאין סתירה לדברי מב"ב דף קל"ו כי לפי דברי הרר"י כנ"ש שם ניחא · ומב"מ דף ס"ז ע"ב ומרא"ש בסוכה פ"ג סי' כ"ט ומא"ח סי' תרנ"ח סעיף ד' ובסעיף ה' ו' ומ"א ס"ק ו' וח' · ראיה לדברינו מרא"ש בכתובות פ' מי שהיה נשוי סי' ו' ומתוספות שם :

ט) גם יבואר שאינו מובן דינו של הדברי המשפט שם ממשנה דקדושין פ"ג ומח"מ סי' ר"ט סעיף ח' ועיין בביאורי הגר"א שם · לפ"ז אינו מובן מה שלמדו הפוסקים דבשכירות אין בו משום דינא דבר מצרא ממשכנתא מבבא מציעא דף ס"ז ומכתובות דף נ"ט ומנתיבות המשפט סי' ע"ב ומטור שם ומרא"ש בגיטין ה' פ' השולח ומח"מ סי' שי"ב סעיף י"ז ומב"מ דף ע"ח וע"ט :

י) גם יבואר קושיא כנ"ל וממרדכי פרק מי שמת ומב"ש בסי' פ"א ס"ק י' ומסמ"ע סי' ר"ג ס"ק י"ט :

דין היוצא מפרח זה

שאם כתב לבנו מהיום ולאחר מיתה ומכר הבן רק לפירותיו ואח"כ מת האב בחיי הבן קנה הלוקח האף שלא קנה רק לפירות בלבד דלא כהדברי המשפט סי' רי"א :

פרח יב

בו יבואר שמראיות המשנה למלך בפ"ד מהלכות אישות הלכה ז' שהביא דאם קידש קטן שיחולו הקדושין לאחר שיגדל דלא הוה דבר שלא בא לעולם דזמן ממילא קאתי מכתובות דף נ"ט מוכח מזה שלא כדברינו בפרח הקודם לפי מה שמבואר בח"מ סי' ר"ג סעיף ו' ברמ"א · ומפסחים דף ל"ו ע"ב ושם ל"ח ע"א ושם דף ס"ב ע"א ומרש"י שם ד' מ"ח ע"א ד"ה אבל ומתוספות שם דף מ"ו ד"ה הואיל :

א) גם יבואר ראיות המשנה למלך שם לדבריו מדברי רש"י ביבמות דף ל"ד ומה שמבואר שמתוספות מוכח שלא כדבריו אינו מובן לי לפי מאי דאיתא בכתובות דף י"א ע"א ולפי דברי שיטה מקובצת שם ומר"ן שם דיכולין לומר שהתוספות ג"כ סוברין כשיטת רש"י · ולפי דברינו אינו מובן ראיות המשנה למלך מבכורות דף ס"ט :

ב) גם יבואר שגם מדברי הרשב"א ביבמות שם ג"כ אינו מוכח שחולק על שיטת רש"י שם · בתוך הדברים יבואר שמה שכתב המשנה למלך בשם מהר"י מאיטאציאק בתשובה סימן י"ח דף ס"ו אינו מובן לי לפי שיטת רש"י בב"ם דף ע"א ומתוספות שם ד"ה כגון :

ג) גם יבואר ראיה שמחוסר זמן לא הוי כדבר שלא בא לעולם מבכורות דף כ"א ל"ב · ואף לפי דברי התוספות בבכורות דף נ"ח ד"ה ולוי אפשר ג"כ יהי' ניחא ראיה הנ"ל ואף לפי דברי הגמרא דבכורות דף נ"ח ונ"ז ג"כ ניחא ראיה הנ"ל · סתירה לזה דהא אין משיבין על נ"ש · ישוב לזה דמצרכינן הג"ש לכמה מילי מבכורות דף ל"ב וממעילה דף י"ג :

ד) גם יבואר ראיה דמחוסר זמן לא הוה כדבר שלא בא לעולם מזבחים דף י"ב ע"א לפי דברי התוספות דתמורה דף י"ט ע"ב ד"ה אף · אף שהתוספות דבכורות דף כ"א ע"א דבור המתחיל אף חולקין על דברי התוספות דתמורה לפי מאי דאיתא בספרא בפרשת אמור פ' ח' נראה שנכונים יותר דברי התוספות דתמורה :

גם יבואר מה שלכאורה צריכין להבין דברי התוספות דתמורה הנ"ל · ישוב לזה מתוספות בכורות דף נ"ח דבור המתחיל מאי :

ה) גם יבואר אף לשיטת התוספות דבכורות דף כ"א ג"כ יש ראיה לדברינו דמחוסר זמן דלא הוה כדבר שלא בא לעולם מדברי התוספות דתמורה דף י' ע"א ד"ה ואזרא לפי מאי דאיתא בזבחים דף צ"ח ע"א והולין דף צ' :

ו) גם יבואר פשט דברי התוספות דתמורה שם על פי מאי דאיתא בקרושין דף ס"ב ע"ב ובע"א דף מ"ז ע"א :

ז) גם יבואר שתירוץ התוספות דתמורה שם עולה אף לפי מאי שפסק בח"מ סי' ר"ט סעיף ד' לפי דברי המחנה אפרים ריש הלכות דבר שלא בא לעולם · בתוך הדברים יבואר תירוץ על קושיות התוספות השניה דתמורה שם על פי דברי הרשב"א דגיטין ד' ל' ד"ה בא להזור :

ח) גם יבואר שדעת הריטב"א בגיטין הובא בהרי"ט אלגזי על בכורות אות ו' ע"ה סובר ג"כ כשיטת רש"י ביבמות ומה שכתב שם שדברי הריטב"א סותרין דברי עצמו ניחא לפי דברינו דלעיל :

פרח יג

בו יבואר מה שכתב השער המלך בפ' כ"ב מהלכות מכירה הלכה ט' שדעת המהרי"ק ומהראנ"ח שמחוסר זמן לא הוי כדבר שלא בא לעולם והמה על המשנה למלך על מה שלא זכר את דבריהם אינו מובן לי דברי השער המלך · ובתוך הדברים יבואר שגם דברי המרי"ק אינו מובן לי דמה שהביא המהרי"ק ראיה מפסחים דף ל' אינו מובן למה שכתב הרמב"ם בפ' כ"ב מה' מכירה הלכה ט' והלכה ט"ו · ואף לדעת הראב"ד הובא בח"מ סי' רי"ב סעיף ז' ברמ"א ג"כ אינו מובן · ועיין שם ב"ש בסמ"ע ובש"ך שם ובתוספות ב"ב דף ע"ו ע"ב ד"ה קנה לך וכו' · ועיין שם בנ"י בשיטה מקובצת ובתוספות גיטין דף ס"ו ע"א ופרק האומר משקלי דף כ' ע"ב ותשובות הגאון רע"א סי' קמ"א · גם מה שהביא מהרי"ק ראיה מרש"י דפסחים שם ג"כ אינו מובן לפי מה שהוכיח הישועות יעקב בח"מ סי' קט"ג וגם מה שהוכית המהרי"ק שם מיבמות דף צ"ג דאין חילוק בין הקדש להקנאה · ודין דבר שלא בא לעולם ג"כ אינו מובן מתוספות כתובות דף נ"ח ע"ב ד"ה לאחר ומשיטה מקובצת לכתובות שם ומתוספות סוכה דף ז' ע"ב ד"ה כולהו ומתוספות ב"ב דף ס"ה ע"ב ד"ה מהוורתא · גם מה שהוכיח עוד המהרי"ק שדיניהם שוה מב"ב דף ע"ט אינו מובן מקרושין דף ז' ע"א ומתוס' שם ד"ה ונפשטו ע"ב שם ד"ה הציך וממהרי"ט שם ומלחם משנה פ"ג מהלכות אישות הנ"ל ו' ומאבני מילואים סימן ל"א ס"ק י"ז · קידושין דף ס"ג · רש"י ב"ב שם ד"ה ר"מ ורבנן · רשב"א בגיטין דף ל' ישו"ש בגיטין שם · קרושין דף ס"ב ע"א ב"ב דף קי"ב ע"א האשה רבה דף צ"ג קרושין מ"א ע"א ב"ב דף ע"ט קרושין דף ס"ג · מה שהוכית עוד המהרי"ק שם דחוב שלא הגיע זמנו לא מקרי דבר שלא בא לעולם מתוספות כתובות דף י"ט ג"כ אינו מובן לי מר"ן דכתובות שם ומסמ"ע ריש ס' מ"ז ומש"ך סי' פ"ו ס"ק י"א ס"ו ס"ק ל"ה וס"ק ס"א ומגמרא ריש פ' הנושא ומח"מ סימן מ' ומתוספות ב"ב דף קל"ד ע"ב ד"ה אזיל ומא"ע סי' קנ"ו סעיף ו' ומב"ש שם קנ"ב שם ומרשב"א שם בקרושין דף ס"ב ד"ה ניהי :

א) גם יבואר מה שמוכיח המהרי"ק שם בחוב שלא הגיע זמנו יכול למחול מכתובות דף פ"ה ג"כ אינו מובן לי מח"מ סי' ר"ט סעיף ו' וממשכנות יעקב בחלק ח"מ סי' מ"ד ומקצה"ח שם ומח"מ סי' ע"ג ס' י"ט וסמ"ע וש"ך שם ומח"מ סי' ע"ד ומר"ן דקרושין על הך סוגיא דאמר רב המקרש במלוה וכו' ומהמהרי"ק שם :

ב) גם יבואר טעם לדברי המהרי"ק שמחלק בין מלוה על פה לשטר דבשטר ודאי יכול למחול אף בתוך זמנו מגיטין דף ל"ז ע"א וממכות דף ג' ע"ב ומח"מ סי' ס"ז סעיף ו' ומיבמות דף ל"ח ע"ב כתובות פ"א ע"א :

ג) גם יבואר שאינו מובן דברי הגר"א מה שהביא ראיה לדברי הר"ן דאין יכול למחול דשב"ל מירושלמי פרק ג' דכתובות הנ"ל ז' עיי"ש בדבריו בסימן ר"ט ס"ק י"ז ומרשב"א בגיטין דף ס"ב ע"ב ד"ה הא ומר"ן שם ומתוספות ב"ק ל"ג ע"א ד"ה א"ב ומיבמות דף צ"ג ע"א ומתוס' קרושין דף ס"ג ע"א ד"ה כגון · ומתוספות יבמות דף צ"ג ד"ה קנוי · ומתוספות כתובות דף פ"ב ד"ה הוא · ומרשב"א בקרושין שם ומריטב"א בגיטין דף מ"ה ד"ה היכי דמי ומב"ב דף קע"א ע"ב ומר"ן דכתובות פרק ב' ומש"ך בח"מ סימן פ"ו ס"ק י"ר ש"ך סימן ס"ו ס"ק י' ומרשב"א בגיטין דף ל' ד"ה אם בא לחוור ומב"ב דף קע"ד ע"א :

פרח יד

בו יבואר שדברי השער המלך בהלכות מכירה פרק ב׳ הנ״ל ט׳ אינו מובן לי הקושיא שהקשה על המהרי״ק מה שכתב בשורש פ״ט שהוכיח משם מתוספות כתובות דף י״ט דהוב שלא הגיע זמנו מצי מחיל והקשה עליו דרב אזיל לשיטתו דס״ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם · אינו מובן לי מתוס׳ קדושין דף ס״ג ע״א ד״ה כגון ומהרשב״א שם ומקצות החושן בסי׳ קי״ב ומהריטב״א והרא״ש והר״ן פ׳ הכותב ומשם דף נ״ז · גם אינו מובן שכתב שמדברי מהרי״ק מהראנ״ח מוכח שמחוסר זמן הוה דבר שלא בא לעולם ג״כ אינו מובן לי מפ״ק דקדושין דף ח׳ ע״ב ומתוספות כתובות דף פ״ב ע״א ד״ה הא ומש״ע ח״מ סימן קצ״ז סעיף ז׳ ומסמ״ע ומש״ך שם ומדברי המשפט סי׳ רי״א ס״ק ג׳ ומש״ך שם סי׳ שי״ב ס״ק ג׳ · בתוך הדברים יבואר שאינו מובן דברי המשפט מקדושין ר״פ האומר :

א) גם יבואר שמה שכתב השער המלך שראיות המשנה למלך מדברי רש״י ביבמות דף ל״ד יכולים לדחות דרב אזיל לשיטתו דסבר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אינו מובן לי מכמה טעמים דראיה נכונה היא מריש פ׳ האיש מקדש ומריטב״א בפ״ק דגיטין ומהרי״ט אלגזי מבכורות דף מ״ט :

פרח טו

בו יבואר שדעת בעל המאור בב״ק ר״פ שור שנגח ד׳ וה׳ על הך סוגיא דהתוקע לחבירו שאדם יכול להקדיש מלוה אף בתוך הזמן ורמב״ן שם חולק והבאתי ראיה לדברי בעל המאור מב״ב דף כ״ד ע״ב · ומשיטה מקובצת שם ומב״מ דף ק״ד ע״ב ומתוספות רי״ד בקדושין דף מ״ז ומפני יהושע בקדושין שם ומתוס׳ גיטין דף ס״ו ד״ה דמי ומח״מ סי׳ צ״ז סעיף ט״ו ומביאורי הגר״א שם ס״ק מ״ד ומתוס׳ בכורות דף י״ח ע״ב ד״ה אקנויה :

א) גם יבואר תירוץ על קושיות הרמב״ן מה שהשיג על בעל המאור הנ״ל אמאי לא נקנה מלוה באגב · תירוץ על זה מסמ״ע בריש סימן ק״א ומש״ך שם סימן ס״ו ומקדושין דף כ״ו ע״א :

ב) גם יבואר תירוץ על קושיות הרמב״ן שם על בעל המאור מקדושין דף מ״ז וביאור הקצות החושן את דבריו בסימן רי״א ס״ק ה׳ · קושיא על דברי הרמב״ן מיבמות דף צ״ג תירוץ על זה בטוב טעם :

ג) גם יבואר באריכות קצת תירוץ על הקושיא שקשיא לן בסוף פ׳ י״ב מב״מ דף ק״ז רשותפים יש בהם משום דינא דבר מצרא :

דינים היוצאים מפרח הזה

א) דאם מכר המלוה השטר חוב אינו צריך הלוה לשלם להלוקח השטר חוב במעות ויכול לסלקו בקרקע אף אם יש לו מעות :

ב) ליורשי המלוה צריך לשלם דוקא במעות אם יש לו ואינו יכול לסלקם בקרקע :

ג) דהדין כדעת המשנה למלך דחסרון זמן לא הוה כדבר שלא בא לעולם שלא כדברי השער המלך ולכן קטן שקידש שיהא חלין הקדושין לאחר שיגדל מקודשת :

ד) דיכול המלוה למחול מלוה על פה אף בתוך הזמן :

פרח טז

בו יבואר ראיה לדברי הפוסקים היינו הרא״ש בתשובות והרשב״א ומהר״ם והריטב״א והרמב״ם הביאם הבעל מחנה אפרים בהל׳ שכירות סימן ה׳ דשכירות קנה גוף הדבר המושכרת וכן בשאלה · ראיה מב״מ דף ל״ה ע״ב ומקצוה״ח סימן ש״ז ס״ק ב׳ ומגמרא ב״ב דף קמ״ז ע״ב ומח״מ ריש ס׳ רי״ב ומתוס׳ כתובות דף נ״ו ע״א ומתוס׳ בכורות דף י״ח ע״ב ומרמ״א בח״מ סי׳ ר״ט סעיף ח׳ ומביאורי הגר״א שם בס״ק ל׳ ומיומא דף י״ג · ומב״מ דף נ״ו ע״ב ומתורת חיים שם ומהידושי הר״ן על בבא מציעא דף צ״ט וממחנה אפרים בהל׳ שכירות סימן ג׳ :

א) גם יבואר תירוץ נכון על קושיות המהרש״א על רש״י מב״מ דף ל״ה ע״ב :

פרח יז

בו יבואר עוד ראיה להפוסקים שהבאתי בפרח הקודם היינו הרא״ש בתשובות והרשב״א ומהר״ם והריטב״א והרמב״ם דשוכר ושואל יש להם קנין בגוף החפץ המושאלת או המושכרת ראיה מסנהדרין דף ע״ב ומתוס׳ כתובות דף נ״ו ע״א ומרשב״ם דף קל״ז ע״ב ומרא״ש בסוכה פרק ג סי׳ כ״ט ומח״מ סי׳ רמ״א סי׳ ח׳ ומסמ״ע שם ומביאורי הגר״א שם · בתוך הדברים מבואר הטעם למה חייב התורה השואל באונסין גם ראיה מב״מ דף מ״א ע״ב וממחנה אפרים :

א) גם יבואר תירוץ על קושיות הבעל מחנה אפרים בהלכות שאלה ופיקדון סי׳ א׳ על הר״ם שהביאם המרדכי בפרק הגוזל בתרא מכתובות דף צ״ח ע״ב ומח״מ בסימן קפ״ג סעיף ו׳ מכ״ז מוכח דאם דעת אחרת מקנה אותו קנה אף אם אינו מתכוון לקנותה גם ממחנה אפרים בקנין משיכה ס׳ ד׳ בשם התוס׳ פ׳ הניזקין דף ס״א ומהרשב״א ומהר״ן ומר״ן פ״ק דמציעא ומרשב״א בחידושיו בפ״ב דגיטין דף כ׳ ומנ״י בחזקת הבתים וממחנה אפרים בהל׳ שלוחים סי׳ ו׳ וממהרי״ט בחלק שני בשו״ת השייכים לח״מ בס׳ כ״ג וממהרי״ט שם סוף פ״ק דגיטין :

ב) גם יבואר אם הקנה איזה דבר לשני בני אדם אחד ישנו בעולם ואחד אינו בעולם דלא קנה אדם כשאינו בעולם אף לדעת שהביא המרדכי בר״פ מי שמת ומרמ״א בח״מ סימן ר״ג סעיף י׳ · הוכחה לזה מפ״ק דגיטין דף ל״ג · בתוך הדברים יבואר שלא קשה מהסוגיא דפ״ק דגיטין על הדעה שהובא בהנ״ל דלא קנה כלל :

דין היוצא מפרח זה

דין דאם שיעבד איזה חפץ לשני בני אדם אחד ישנו בעולם ואחד אינו בעולם כגון ששיעבר להילודים ולהנולדים דלא נקנה להאדם הנולד :

פרח יח

בו יבואר שבשיעבוד אמרינן יש ברירה ראיה מגט פשוט דף קס״א ע״א ומסנהדרין דף י״ט ע״ב · אך המהרי״ט בחלק ב׳ בשו״ת השייכים לח״מ בסימן כ״ג דחה זאת · אינו מובן לי הדחיות המהרי״ט מכתובות דף ע׳ ע״ב ומנדרים דף ל״ו ע״ב ומר״ן שם ומח״מ סי׳ קכ״ו סעיף ב׳ ומביאורי הגר״א שם בסי׳ י״א ומב״מ דף נ״א ע״א ומח״מ סי׳ ע״ה סעיף א׳ דלכאורה קשה על הך דגט פשוט מב״ק דף קט״ז ע״א לפי דברי המהרי״ט משיטה מקובצת ב״מ דף צ״ט ומרא״ש פ׳ הגוזל עצים סימן י״ג ומרא״ש פרק האומנין סי׳ ג׳ ומב״ב דף כ״ב ע״ב ומח״מ סימן שפ״ו ובש״ך שם · בו יבואר טעם אחר מסה שכתב המהרי״ט הא דמתויב המבשרוני ותיוב דשאול ודוד הוכחה לזה משיעבוד דאקני · סתירה לזה מח״מ סי׳ ק״ד סעיף ו׳ ומסמ״ע שם ובש״ך שם ומשאגת ארי׳ סימן צ״ג · ישוב להראיה הנ״ו שם רשב״א מב״ב דף קנ״ז ע״ב ובאו״ת סי׳ ק״ר ס״ק ד׳ ומשם בסימן קי״ב בס״ק ג׳ ומש״ך בסימן קי״ב בס״ק ב׳ ומריטב״א בקדושין דף י״ג · בתוך הדברים מבואר שבשיעבוד אמרינן יש ברירה מגיטין דף מ״ט ע״ב ומח״מ סימן מ׳ ומסגילה דף כ״ו ומגיטין דף נ״ט ע״א · ובתוך הדברים יבואר תירוץ על הקושיא על הא דמבשרוני מב״ק דף קי״ז ע״א תירוץ מתוספות יבמות דף ק״ו ע״א ד״ה אין ומח״מ סימן רס״ד סעיף ז׳ ברמ״א :

א) גם יבואר שגם בימי שאול ודוד עשו התקנה שבשיעבוד יש ברירה מח״מ סימן כ״ח סעיף י״ב · ראיה לזה מגיטין דף ל״ו ע״ב ומש״ך שם בס״ק י״ד שהביא בשם מגילת אסתר ומריש סוטה ומריש פ׳ הנשרפין וממרדכי פרק החובל ומגיטין דף פ״ו ומתוספות יבמות דף ל״א ע״ב ומחידושי הרשב״א בגיטין שם :

ב) גם יבואר שבקנין לא אמרינן יש ברירה והביא המהרי״ט שם ראיות לזה ולא יקשה ע״ז מתוספות ב״ק דף ס״ט תירוץ על זה מעירובין דף ל״ו ע״ב :

ג) גם יבואר שלא יקשה מדברי השו״ע בח״מ סימן רמ״א סעיף ד׳ · תירוץ ע״ז מתוספות קדושין דף ס״ג ע״א ומח״מ סימן שע״ר סעיף ב׳ ברמ״א ומב״מ דף ע״ג ע״ב ומב״מ דף ט״ו ומרא״ש פרק הגוזל עצים · בזה יובן הסוגיא דגמרא ב״מ הנ״ל · דלכאורה אינו מובן · ולפי דברי הידושי הר״ן יש לתרץ באופן אחר :

ד) גם יבואר שמזבחים דף צ״ד יובן דברינו ומח״מ סימן שע״ד ומנ״י בר״פ השואל ומתוספות ב״מ דף ס״ו ע״ב · בו יבואר סתירה לראיות המהרי״ט מתוס׳ יבמות דף צ״ג ע״ב ומתוספות כתובות דף נ״ח ע״ב ומשיטה מקובצת שם ולפ״ז ניחא הסוגיא דפ״ק דגיטין כפשטיה אף לשיטת הרמב״ן הובא בר״ן שם ולפ״ז אינו סותר הרא״ש בתשובה בכלל פ״ח סי׳ ז׳ מדברי עצמו בהלכותיו ר״פ השותפין :

בו

ה) גם יבואר תירוץ על קושיות המהרי"ט מהסוגיא דר"פ השוכר את הפועל וגם תירוצו אינו מובן מח"מ בסימן ס' ס' ו' ומאו"ת בקצה"ח שם בס"ק ז' ומדברי המהרי"ט עצמו בחלק ח"מ בסימן פ"א ומב"ב דף קכ"ו ע"ב • ומפירש רשב"ם שם ומה"ם סי' רע"ח ס"ח ומתוספות ב"מ דף נ"ו ע"ב • תירוץ אחר על קושיות המהרי"ט מסנהדרין דף ע"ו ע"א ומא"ע סימן כ"ו ס' א' ברמ"א • עוד שם בסימן קע"ז ס"ה ברמ"א ומביאורי הגר"א שם ומיבמות דף ס"א ע"ב ומא"ע ס' ו' סעיף ח' • תירוץ אחר על קושיות הנ"ל מח"מ סימן קפ"ב סעיף א' ומב"מ דף מ"ח ע"א ומהגהות אשר"י שם ומתוס' ע"א דף ע"א • בו יבואר עוד תירוץ על קושיות המהרי"ט הנ"ל מש"ך סימן ר"ח ס"ק ב' :

ו) גם יבואר קושיא על הך סוגיא דב"ב דף קכ"ו בח"מ סימן רע"ח ומסוגיא דגיטין ס"פ השולח ומשאגת ארי' בסימן צ"ג וממשנה דקדושין דף נ"ח ע"ב • תירוץ ע"ז מרשב"ם ב"ב דף ס"ז ע"א ומר"ן ר"פ השותפים ומגיטין דף ע"ז ע"ב ומרש"י ב"מ דף י"א ע"ב • בתוך הדברים יבואר תירוץ על הקושיא למה כתב רחמנא יכיר בשני אופנים וממהר"י מגא"ש ב"ב דף קל"ו ד"ה הכותב • לפי דברינו דשיעבוד דאקני הוא רק מדרבנן אם נקרע השטר והתרה בפני עדים כמבואר בח"מ סימן ע' סעיף ג' ואז יכול לטרוף מן הלקוחות • עיין בש"ך בח"מ סימן ל"ט ס"ק ו' והלוקח יכול לסלק את המלוה כמבואר בח"מ סי' קי"ז והלוקח יש לו ספק אם פרע או לא לכאורה הוא פטור אם לפי טעם הש"ך בסימן ע"ה בס"ק כ"ז פטור לפי מה שכתב התוספות דפסחים דף ט' ע"א ומכתובות דף ע"ה ע"ב וגם לפי טעם הט"ז ג"כ פטור לפי מה שכתב הפרי מגדים סימן ק"י אות כ' :

פרח יט

בו יבואר שאינם מובנים דברי האורים ותומים בסוף סימן ע"ה שכתב שם דהתוספות ס"ל דספק פרעון במידי דלא הוה ליה למידע פטור לפי מה שכתבו התוספות בכמה דוכתי באינו יודע אם נתחייבתי לך דפטור במידי דלא הוה ליה למידע אינו מובן לי מדברי התוספות ב"ב דף קל"ה ומתוספות ב"ק דף נ"ו ע"א ומתוספות ב"מ דף כ"ז ע"ב ומכתובות דף י"ב ע"ב • עוד הוכיח האו"ת מתוספות ר"פ הפרה גם זה לא מובן לי מתוספות כתובות דף י"ב ע"ב ומתוספות שבועות דף מ"ז ע"ב עוד יבואר הוכחת האורים ותומים מתוספות שבועות דף מ"ה גם אינו מובן לי מדברי הר"ן שם ומדברי התוספות שם ומש"ך בסימן ע"ה ומהט"ז שם • עוד הוכית האורים ותומים מתוס' כתובות דף ט' ע"ב • והנתיבות המשפט השיג עליו אינו מובן לי דבריו • דדבריו אין רק לפי שיטת הרמב"ן שהביא הר"ן בסוגיא דפ"פ אבל לפי מה שחולק ר"ן שם עליו צריכין אנו לתרץ לפי דבריו הסוגיא דכתובות דף י"ב ע"ב לפי מה שמבואר בח"מ סימן מ"ב סעיף ח' ברמ"א ובסמ"ע ס"ק נ"ג ומש"ך ס"ק י"ז ומבית שמואל סימן ס"ח ס"ק כ"ב • אבל באלה הדברים נוכל ליישב רק הסוגיא דכתובות דף י"ב אבל דברי התוספות דכתובות דף ט' צריכין ישוב אחר אם המה יודעים כשיטת הרמב"ן ומח"מ סימן נ"ט ובסימן פ"ב סעיף ב' • ואף לכה שכתב הבית מאיר בסימן ס"ח ג"כ צריכין ליישב דברי התוספות דכתובות • עיין במשנה שם דף י' ע"ב עוד שם במשנה דף י"ב ע"ב עוד שם בגמרא דף י"א ע"א ובתוספות שם • גם יש לדחות באופן אחר הוכחת האורים ותומים לפי מה שכתב התוספות דף י' ומתוס' פסחים דף ט' ע"א ומפרי מגדים בסימן ק"י מדיני ס"ס בשפתי דעת אות כ' ומתוספות כתובות דף כ"ג • ולפי דברינו יש לדחות הוכחות האורים ותומים מתוספות סוטה דף כ"ח ע"ב מדברי הרמב"ם בפרק י' מהלכות אישות הלכה ז' ומתוספות כתובות דף י' :

א) גם יבואר שגם מדברי התוספות כתובות דף פ"ז ע"ב ג"כ אינו מוכח דפטור במידי דלא הוה ליה למידע לפי מה שכתבו התוספות שם דף פ'

ב) גם יבואר שדעת הרשב"א בחירושיו לקדושין דף מ"ג דספק פרעון במידי דלא הוה ליה למידע דחייב ואין סתירה לזה מדברי הרשב"א דגיטין דף ע"ז ומנתיבות המשפט סימן צ"א :

ג) גם יבואר שהאו"ת הביא דברי בעל התרומות שער ל"ט חלק ב' דין ב' ונ"י ריש פרק הגוזל ומרא"ש ריש כתובות שהמה סוברים דספק פרעון במידי דלא ה"ל למידע דחייב :

ד) גם יבואר שמדברי השו"ע סימן צ"א מוכח דספק פרעון במידי דלא הוה ליה למידע דחייב ומה שרתה זה הבעל נתיבות המשפט בס"ק ה' אינו מובן לי מדברי השיטה מקובצת דב"מ דף ג' :

ה) גם יבואר שראוי לפסוק דספק פרעון במידי דלא ה"ל למידע הוה ספיקא דדינא :

ו) גם יבואר שאינו מובן לי דברי האו"ת שהוכיח מסימן ע"ב סעיף י"ד שספק פרעון במידי דלה"ל למידע חייב אינו מובן לי משו"ע סימן ע"ה סעיף ז' ובש"ך שם ומטור בסימן פ"ב אות ט"ו :

דין היוצא מפרח הזה

דין דאם אינו יודע אם פרעתי במידי דלא הוה ליה למידע והמלוה טוען ברי שלא פרע לי הלוה הוא ספקא דדינא דלא כהבעל המשנה למלך דפסק דפטר הלוה מלשלם ונ"מ אם תפסו המלוה אף שהוא בעדים מ"מ מהני תפיסתו ואין מוציאין מידו כמבואר בפנים :

פרח כ

בו יבואר שאינו מובן לי דברי השער המשפט בסימן ע"ה ס"ק ד' שכתב הטעם דמשום זה אינו נאמן במתנה נתת לי תובי משום דלא שכיחא ממגילה דף כ"ו ע"ב ומבדק הבית ס' ס' ומגיטין דף נ"ט ומח"מ סי' רל"ה :

א) גם יבואר טעם אחר למה אינו נאמן רק במיגו מהרמב"ם בשם רבותיו והביאם הטור בסימן פ"ב אות ט"ז ומב"ב דף נ"א ומא"ע סימן פ"ה סעיף ט' ומסימן פ"ו סעיף ב' ומבית שמואל שם ס"ק ט' ובהכי ניחא דלא קשיא על זה משו"ע סימן נ"ת ס"ב בשם הרר"י הלוי והרמב"ם • ומח"מ סימן קכ"ז סעיף א' :

ב) גם יבואר מה שתירץ השער המשפט על הקושיא הנ"ל אינו מובן לי מתוספות פרק המדיר דף ע"ו • ומתוספות ב"ב דף ס"א ע"ב • ומקצות החושן סימן ע"ט ס"ק ב' • ומתוספות ב"ב ר"פ המוכר פירות • ומרמ"א בח"מ סימן רל"ב ומש"ך בח"מ סוף סימן צ"א ומשב שמעתתא ד' סוף פרק ד' • ומר"ן בנדרים דף ל"ג ע"ב ומרשב"א שם ומר"ן פ"ק דקדושין ומחידושי הרשב"א שם דף ו' :

ג) גם יבואר שאינו מובן דברי השער המשפט שהקשה על הש"ך שם :

פרח כא

בו יבואר שדברי השער המשפט בסימן ע"ה שהשיג על הש"ך שכתב בסימן קע"ו דאין נאמן לומר ששמעון שותפו ציוה לפוטרו את חובותיו הוה מיגו • דבריו אינם מובנים לי ממגילה דף כ"ו ע"ב ומגיטין דף נ"ט ע"א :

א) גם יבואר שמה שכתב עוד השער המשפט שם אינו מובן לי מרמ"א סימן ע"ח :

ב) גם יבואר שאינו מובן לי דברי הש"ך בסימן קע"ו הנ"ל מה שהשיג על המרש"ל מקדושין דף ס"ג ע"ב :

דין היוצא מפרח הזה

דין דאם ראובן הלך לפטור תובות של שמעון ואומר שציוה לו לעשות אף אם אין לשמעון עדות והוה יכול לומר שהתובות אינם של שמעון או שהוא לא פוטרן • מ"מ אינו נאמן במיגו זה ששמעון ציוה לו לפוטרן כדברי הט"ז בסימן קע"ו סעיף י"א ומה שהשיג עליהם השער המשפט בסימן ע"ה דבריו אינם נכונים • אך נראה לפענ"ד שדברי המרש"ל נכונים שצריך שמעון לישבע שלא צוה ראובן לפוטרן ואף שהשיג עליו הש"ך דאין שמעון צריך לישבע מ"מ נראה לפענ"ד דדברי המרש"ל נכונים כמבואר בפנים :

פרח כב

בו יבואר שאינו מובן לי דברי השער המשפט בסימן ע"ה ס"ק ו' שהביא ראיה מדברי בעל התרומות הובא בש"ע בסימן ס"ט סעיף ב' דאם מודה שקיבל מעות ואינו יודע אם במתנה נתנו לו או לא ואח"כ בא הנותן והבעו שיתן לו בחזרה מה שנתן לו שאין מוציאין מידו מש"ך סימן קכ"ו ס"ק נ"ז ומש"ך סימן קמ"ט • ובתוך הדברים יבואר שלא יקשה דברי הש"ך אהדדי מסימן רצ"ו • תירוץ על זה משיטה מקובצת סב"ב דף ל"ד ע"א ומש"ך שם סימן ע"ה ס"ק כ"ו ומפרק קמא דכתובות דף י"ב ומרב אלפס ומר"ן בסוגיא דפ"פ ומתוספות ב"מ דף י"ז ע"ב ומבית שמואל בסימן ס"ח ס"ק כ"ב • ומתשובות רבינו חסדאי הובא דבריו בפרח מטה אהרן • ומתשובות מוהרשד"ם סימן ש' ומבעל פרח מטה אהרן החולק עליהם ומכתובות דף י"ט ע"ב ומנתיבות המשפט סימן מ"ו :

גם

א) גם יבואר שאינו מובן דברי שער המשפט מה שכתב עוד להוכיח הדין הנ"ל מח"מ סימן רס"ב סעיף ג' · סתירה לזה מח"מ סימן ע"ה ומב"ק דף קי"ה ומקצות החושן סימן ל"ב ס"ק א' ומתוספות ב"ק ר"פ הפרה · עוד סתירה שניה משיטה מקובצת ב"ק דף ס"ו ומח"מ סימן רמ"ט ומשיטה מקובצת ב"מ דף כ"ב ע"ב ומרא"ש פרק אלו מציאות סי' ב' · ובתוך הדברים יבואר שאינו מובן לי דברי השיטה מקובצת מב"ק הנ"ל מירושלמי פרק הגוזל בתרא הלכה ה' ומב"מ דף כ"ב ע"ב · גם אינו מובן לי מה שכתב השער המשפט להוכיח דין הנ"ל מהרשב"א והר"ן ספרק שני דיני גזירות · סתירה לזה מנדרים דף פ"ה ומר"ן שם ומשו"ע באבן העזר סימן מ"ה סעיף י"א ומב"מ דף ע"ח ומשיטה מקובצת לב"מ דף ל"ו ע"א :

ב) גם יבואר ראיות הרשב"א מנדרים דף ל"ג ע"ב לדין הזן את חבירו אתי שפיר לפי דברינו · ובמה שכתבנו יהיה ניחא דלא סתרי דברי הרשב"א והר"ן שכתבו בסוף שני דיני גזירות למה שכתבו בפ"ק דקדושין דף ו' :

ג) גם יבואר שאינו מובן תירוץ של השער המשפט בסימן ע"ט על הקושיא הנ"ל מרשב"א ומר"ן שם :

ד) גם יבואר טעם אחר כפני מה לא חלין הקדושין בנתן הוא ואמרה היא משום דצריך לישבע מקודם עיין ברמ"א סי' צ"א ובכתובות דף פ' ע"א ובר"ן שם בשם ר"ח גאון ובשבועות דף ל"ב ע"א וברמב"ם פ' י' מהלכות שבועות :

ה) גם יבואר שאין סתירה לדברינו משיטה מקובצת לבבא מציעא דף ס"ג :

ו) גם יבואר שמה שכתב השער המשפט דאם תודה האשה שיש תחת ידה מעות מאיש פלוני אין יכול הפלוני לקדש באותה ממון אינו מובן לי מירושלמי פרק ששי דסוטה :

ז) גם יבואר שאינו מובן ראיות השער המשפט סימן ע"ה דאם אדם נותן לחבירו בסתמא יכול להוציא אח"כ מידו מבעל התרומות שער מ"ו חלק ד' · אינו מובן משבת דף י' ע"ב ומגיטין דף נ"ט ומב"מ דף ט"ו ומשם דף מ"ב ומח"מ סימן רצ"א ומב"מ דף כ"ט ע"ב ומדף ס"ג ע"א ומשם דף מ"ב ע"ב ומכתובות דף ק' ע"ב ומשבועות דף מ"ו ומח"ם סימן צ' :

ח) גם יבואר שאינו מובן הוכחת השער המשפט לדין הנ"ל מתוספות והרא"ש סוף פרק השואל אינו מובן מעירובין דף ל"ו ע"א :

ט) גם יבואר שיש לכאורה ראיה שאם אדם נותן לחבירו בסתמא לשם מתנה יהיב ליה מכתובות דף נ"ד ומש"ך סימן ע"ב · סתירה לזה · אך יש ראיה מב"מ דף ט"ו וממהרי"ט בחלק שני בא"ע סימן מ"ג · ובתוך הדברים יבואר תירוץ על הקושיא של המשנה למלך מהלכות אישות הלכה ח' מה שהקשה על המהרי"ט הנ"ל דמתורץ זאת לפי ביאורי הגר"א סימן שע"ג עוד שם סימן ע"ד · גם ראיה לדין הנ"ל מב"ב דף ע"ח ומשו"ע סימן ר"כ סעיף ח' :

דינים היוצאים מהפרח הזה

א) דין במודה שקיבל מעות ואינו יודע אם נתן לו חבירו לשם מתנה או לא כגון דנתן בסתמא ואח"כ בא הנותן וטוען בטענת ברי שלא לשם מתנה נתכוון אפילו הכי אין מוציאין מיד המקבל :

ב) דין אם קידש אשה בממון שאינו יכול להוציא מתחת ידו כי אם בשבועה והמעות הנ"ל המה מונחים תחת ידו בפקדון כגון שהפקיד אצלה מעות צרורין ותתומין כדי שתתן לו איזה חפץ שהוא צריך לו ואח"כ טוען שזה חפץ נאבד באונס ובזה הדין דאם בא להוציא מתחת ידה המעות הפקדון צריך לישבע מקודם שבדבריו כן הוא שנאנס · עיין בח"מ סימן ע"ב סעיף י"ד · ואם קדשה בהממון הללו קודם שנשבע אינם חלין הקדושין :

ג) דין דאם אשה הודה שיש תחת ידה מעות של פקדון מאיש פלוני ואח"כ בא האיש הזה וקידשה באותן המעות של פקדון חלין הקדושין אף שאין ידוע לעדים שקדשה בפניהם שיש תחת ידה מעות של פקדון רק מקודם הודה האשה בפניהם שיש תחת ידה אפילו הכי חלין הקדושין שלא כדברי השער המשפט :

פרח כג

בו יבואר שלכאורה יש להביא ראיה מהרא"ש פ"ק דגיטין דאם אדם נותן לחבירו בסתמא דלשם מתנה נתכוון וממחנה אפרים בה"ל זכיה ומתנה סימן כ"ח וממרדכי שם ומשיטה מקובצת דף י' ומים של שלמה סי' ל"ט · סתירה לזה מהסמ"ע והש"ך בסימן קכ"ה סעיף ה' · אך יש להביא ראיה לדין הנ"ל מתוך מה שיתורץ דברי הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה הלכה ד' דהקשו הראשונים עליו וגם הרשב"א מכללם בגיטין דף י"ד ד"ה אתמר מירושלמי פ"ק דגיטין הלכה ה' · תירוץ על זה משיטה מקובצת ב"מ דף י' ומרמב"ם פרק ששי מה"ל עבדים הלכה א' ומרשב"א בהידושיו לגיטין דף ל"ז ומשיטה מקובצת ב"ב דף נ"ד ומגיטין שם דף ל"ח ומפני יהושע בגיטין דף ל"ח ע"ב ומתמורה דף ד' ומכתובות דף פ"א ע"ב ומתוספות בגיטין שם דף ל"ח :

א) גם יבואר דמוכח דהרמב"ם סובר דבמתנה תן כזכי וזכה מיד ונ"מ לפי מאי דמבואר בח"מ סימן ק"ד · וגבי עבד אינו כן מפני הטעם המבואר :

ב) גם יבואר תירוץ על הקושיות בפנים הראשונים על הרמב"ם הנ"ל מתוספתא דסוף פרק קמא דגיטין · תירוץ על זה מב"ב דף י"ג ע"ב ומסמ"ע סימן קע"א ומשיטה מקובצת שם בדף י"ג ומב"מ דף ט"ז ע"א :

ג) גם יבואר קושיות הראשונים על הרמב"ם הנ"ל מהך ברייתא דגיטין דף י"ד · תירוץ ע"ז מסמ"ע בחושן משפט סימן ע"ה ומחידושי הר"ן לב"מ דף כ"ט ומב"מ דף מ"ג ומתוספות ב"מ דף כ"ט :

ד) גם יבואר לפי דברינו הטעם דלמה בעינן בפקדון שאינם צרורין ותתומין שיהיה הנפקד הוחזק כפרן מב"מ דף ק"ד ומתוספות רי"ד בקדושין דף מ"ז :

ה) גם יבואר ראיה לדין של הרמב"ם הנ"ל מגיטין דף ל"ב הביאו הב"י בסימן קכ"ה :

ו) גם יבואר שהבעל מחנה אפרים לא פירש הסוגיא דגיטין דף י"ד כדפירשתי לדעת הרמב"ם מ"מ דין שלו יהיה ניחא אף לפי פירושו :

פרח כד

בו יבואר הדין מה שנסתפק הבעל מחנה אפרים בהל' שאלה ופיקדון סימן ו' אם עבר השואל הראשון והשאילה לאחר אם יכולים הבעלים להוציא מיד השואל השני או לא · והגאון בעל דברי המשפט בסימן קכ"ה סעיף ב' ס"ק ב' הביא ראיה דיכולים הבעלים להוציא אינו מובן לי דבריו · ובתוך הדברים יבואר שיש חמשה קושיות על הסוגיא דב"מ דף ל"ה ע"ב ובסוגיא השייך לזה · תירוץ לזה בהרא מתתא · ובתוך הדברים יבואר דהדין דאין יכולים הבעלים להוציא מיד השואל היינו דכן מוכח מהמשנה דהשוכר את הפרה הנ"ל וממחנה אפרים בהל' שכירות סימן ה' ומסנהדרין דף ע"ב ע"א ומב"מ דף מ"א ותוספות גיטין דף ל"ז ומרא"ש בפ"ק דקדושין סימן י' ומתוספות פרק הזהב דף נ"ו ומתוס' כתובות דף נ"ו ע"א :

א) גם יבואר סברא נכונה לזה מב"מ דף ל"ו ע"א ומרא"ש פרק לולב הגזול סימן כ"ט ומב"ק דף י"א ע"ב ומסוף פ' המפקיד ומתוספות ב"מ דף ל"ו ע"א :

פרח כד אות ב

בו יבואר ראיה לזה מב"ק דף ל"ג ומקדושין דף ס"ד ומב"מ דף ה' ומגיטין דף ל"ז ומרשב"א לב"ק דף ל"ג :

ג) גם יבואר עוד ראיה מכתובות דף פ' ומשבועות דף מ"ו ע"ב ומח"מ סימן צ' והמרדכי פ"ק דב"מ וכחושן משפט סימן ע"ה :

ד) גם יבואר עוד ראיה מב"ב דף קל"ו ומסוף פרק השולח ומש"ע סימן שט"ז ומסמ"ע שם ומא"ע סימן פ"ה ומב"ב דף ס"ב ומח"מ סימן רי"ח וסימן רמ"ח · גמר התירוץ על הקושיא א' מהגוזל בתרא דף קי"ב ומח"מ סימן שמ"א ומתוס' ב"מ דף ל"ו ומשיטה מקובצת לב"מ דף צ"ז ומכתובות דף ע"ו ע"א ומב"ב דף קל"ה ומש"ך בסימן רצ"א וכסמ"ע בסימן צ"ב ומרב המגיד בפרק ה' מהל' שאלה ומש"ך סימן ע"ב ומכתובות דף פ"ב ומתוס' שם ומתוס' יבמות דף צ"ג ומח"מ סי' קצ"ח ומרמ"א סעיף ה' שם ומח"מ סימן ר"ט סעיף ח' ברמ"א · עיי"ש בביאורי הגר"א י ומב"מ דף נ"ז וממחנה אפרים בהל' שכירות דין ג' :

ה) גם יבואר למה צריך השוכר לישבע דהא אינו דומה לשאר שבועות השומרים לפי מה שכתבו התוספות בפרק השואל דף צ"ז ומח"מ ריש סימן ש' ומשם בסימן רצ"ו · וגם לפי מה שכתב השיטה מקובצת בפרק השואל דף צ"ז בשם הראב"ד ומרש"י ב"ק דף ק"ז ומבכורות דף ל"ו ע"א ומרא"ש בב"מ סימן ג' ומבבא מציעא דף ל"ה ע"א ומאו"ת דיני מיגו אות י"ח · מכל זה מוכח דמה שקתני במתניתין ישבע השוכר הוא רק מדרבנן :

ו) גם יבואר שאינו מובן דברי הקצות החושן בסימן ש"מ ס"ק ד' דשומר אין מחויב בהשבה והביא ראיה לזה מהנ"י פ"ק דב"ק דף י"א · אין מובן לי מב"ק דף ק"ח ומתוספות שם דף ס"ה ע"ב ומתוס' כתובות דף ל"ד ע"א ומב"ק דף ס"ח ע"א ומתוס'

ומתוספות שם ומגמרא שם דף י"א ומתוספות ב"מ דף צ"ו · בתוך הדברים הנ"ל מיושבים מה שהשמיט השו"ע סימן רצ"ד שהשמיט בעיא דרבה זוטי שאיתא בב"ק דף ק"ח משיטה מקובצת שם ועיין בקצות החושן שם · וגם מיושבים דברי הרמב"ם פרק ח' מהלכות שאלה ופקידון ה"ו שפסק כרבא וכרבה זוטי הנ"ל לפי דברי הנ"י הנ"ל עוד :

פרח כד אות ג

הוכחת הקצה"ח שם מש"ס פרק השואל דף צ"ז · גם זה אינו מובן לי מב"ק דף ק"ח ומח"ם בסימן ע"ה סעיף י' ומסימן שס"ה ברמ"א ומגיטין דף כ"ח ומערובין דף מ"ז ומרמב"ם פ"ט מהלכות תרומות הלכה א' ומח"ם סימן רמ"א סעיף מ' ומקצות החושן שם :

ז) גם יבואר שהראיות של הבעל מחנה אפרים בהלכות שאלה ופקדון הל' ו' שמוכיח מתוך הסוגיא דריש הגוזל בתרא דהיתומים משתמשים בה כל ימי שאלתה דאין הבעלים יכולים להוציא מיד השואל השני אינו מובן לי מתוספות ב"ם דף ק"ג ע"א ומרא"ש בהשוכר את האומנין סימן ג' · ומסמ"ע ריש סימן של"ד ומריטב"א בחידושיו לכתובות דף ל"ד ומהגהת מרדכי הביאו הבעל מחנה אפרים בהלכות שכירות בסימן י"ט · ומה שהקשה שם הבעל מחנה אפרים על הגהת מרדכי יתורץ מגיטין דף כ"ח ע"ב ומרמב"ם פרק ט' מהלכות תרומות הלכה א' ומח"ם סימן שמ"א · קושיא על זה · תירוץ נכון על קושיא הזה מהנ"י בהגוזל בתרא שם דלכאורה צריכין להבין דברי הנ"י שם מב"ם דף מ"ב · ומתוס' שם · ומתוספות שם דף ע"ח · תירוץ על הנ"י מב"ב דף ע' ומח"ם סימן ק"ח סעיף ד' ומתוספות ב"ם דף צ"ג ע"ב ומשם דף מ"ב ע"ב · סתירה על תירוץ זה · תירוץ אחר על דברי הנ"י מח"ם סימן שמ"א סעיף ג' וד' ומסמ"ע ומש"ך שם ומסמ"ע בסימן רצ"א ס"ק ל"א · ובזה יתורץ מה שהקשה הגאון ר"ע איגר על דברי הנ"י ומב"ם דף מ"ב ומסמ"ע בסימן רצ"א ס"ק ל"ט ומכתובות דף ק' ומרמב"ם פ"ב מהלכות שכירות ומתוספות ב"ם דף צ"ג ע"ב ומרא"ש פרק המפקיד סימן ו' ומתלמידי הרשב"א שהביא הב"י בסימן רצ"א ומהגהת אשר"י סוף פ"ק דגיטין ומקצות החושן סימן רצ"א ס"ק י"א ומגיטין דף ס"ד ומקדושין דף ס"ד ע"ב ומנדרים דף ס' · תירוץ אחר על דברי הנ"י מש"ך סימן ו' ס"ק כ"ו וממהרש"ל בהגוזל בתרא סימן ג' ומקצות החושן סימן ש"ם ומנ"י על הסוגיא דב"ק דף י"א ומשיטה מקובצת בב"ם דף ג' :

ח) גם יבואר לתרץ הקושיות בעל דברי המשפט בסימן קנ"ה הנ"ל מה שהקשה על פרק השואל דף צ"ו ע"א וגם על השיטה מקובצות בסוגיא דשומר שמסר לשומר בריש פרק המפקיד שמה שתירצו אינו מובן לי מב"ב דף קל"ט ע"א ומא"ע סימן צ"א סעיף ד' ומבית שמואל שם ס"ק ט' ומח"ם סימן קי"ב סעיף ה' ומש"ך ס"ק ו' · ולפי דברי הנ"ל יתורץ השני קושיות :

ט) גם יבואר שלפי דברי הרשב"א בתשובה סימן אלף וקמ"ה אין ראיה מהך סוגיא דהיתומים משתמשים בה כל ימי שאלתה דאין יכולין הבעלים להוציא מיד השואל השני :

י) גם יבואר מה שלא ניחא להרשב"א לפרש כטעם הגהת מרדכי שם מח"ם סימן רצ"א :

יא) גם יבואר שיתורץ קושיות הבעל מתנה אפרים בהלכות שכירות הנ"ל על הרשב"א הנ"ל ומתוספות סוף פרק השואל ומרא"ש פרק האומנין ומתוספות כתובות דף צ"ר ומרא"ש שם :

פרח כד אות ד

יב) גם שראיות הרשב"א ממעשה דר"ג דאיתא בב"מ דף י"א אינו מובן לי מסוכה דף מ"א ומתוספות שם ומרש"י דקדושין דף כ"ז ומתוספות שם :

יג) גם יבואר לפי מה שישבתי דברי הרשב"א יתורץ ג"כ דברי הנ"י בריש פרק כיצד הרגל שהקשה עליו הבעל מתנה אפרים בהלכות שכירות הנ"ל :

יד) גם יבואר תירוץ על קושיות הגאון ר"ע איגר על פירוש המשניות להרמב"ם על המשנה שם דף ל"ה ע"ב :

טו) גם יבואר שהתירוץ של דברי המשפט על קושיא בסימן קכ"ה הנ"ל אינו מובן לי מבעל מחנה אפרים בהלכות גזילה סימן ז' ומב"ק דף צ"ז ע"א ומתו"ם סימן שס"ג :

טז) גם יבואר תירוץ על קושיות הרא"ש על ר"ח גאון דפרק המפקיד סימן ו' :

יז) גם יבואר שני פירושים על דברי ת"ה סימן של"ג ופילפול קצת בסוגיא דשמא מלוה ישנה ·

סליק מפתחות מכפתור שלישי

דינים היוצאים מפרח הזה

א) דין אם עבר השואל והשאיל לאחר או השוכר והשכיר לאחר אין יכולים הבעלים להוציא מיד השואל השני או מיד השוכר השני :

ב) דין אם נותן אדם דבר על תנאי שהוא בקום עשה ואיכא עדים שקיים המקבל מתנה את תנאו אך הנותן טוען אולי כבר נתתיו המתנה · מחויב ליתן לו · אף שבשעה שהתחייב ליתן לו מתנה על תנאי שבקום עשה החיוב אינו מועלת כלל עד שיביא עדים שקיים התנאי · לפ"ז לא הוי אף ספק חיוב דמוקמינן אחזקה קמייתא · מ"מ כאן דאיכא עדים שקיים המקבל מתנה את תנאי חיובו ברור ומיקרי ודאי ולא אתי הספק שטוען הנותן אולי החזיר ומוציא מידי ודאי כמו דאמרינן גבי פיקדון :

ג) דין דהשומר מחויב בהשבה כמו שכתב המהרש"ל בפרק הגוזל בתרא סימן ג' דלא כמו שכתב הקצה"ח דהשומר אינו מחויב בהשבה רק הבעלים נוטלין את הפיקדון מרשותם :

ד) דין הא דאמרינן כל הספקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד לאו דוקא בנו אלא הוא הדין כל אנשי ביתו אף שאינם קרובים ג"כ מפקיד על דעתם וקרוב לודאי שהדין שיכול למסור הפיקדון ליד האיש שמפקיד גם ממונו אצלו :

ה) דין לפי מה שכתבנו דהדין דאין הבעלים יכולים להוציא מיד השואל השני כמבואר באות א' אם השואל השכיר לאחר שייך השכירות להבעלים :

ו) דין דאם שכר אדם בית בעד י' זהובים והתנה השוכר עם המשכיר שיכול להשכיר אותה לאחר אף שיהיו בני ביתו של השני מרובים משלו ואח"כ השכירן לאחר שבני ביתו מרובים בעד ט"ו זהובים הריות שייך להשוכר כדברי הנ"י בריש כיצד הרגל · ובזה שהקשה עליו הבעל מתנה אפרים בהלכות שכירות ישבתי בטוב טעם :

סליק הדינים

מפתחות מכפתור רביעי

פרח א

א) בו יבואר לפי מה שכתבנו בסוף כפתור שלישי שלדברי ר"ח גאון הפשט בדברי רבא בב"מ בדף ל"ו ע"ב דהטעם דשומר שמסר לשומר דחייב משום דהוי כמו שטוען איני יודע אם פרעתי ובזה מיושב קושיות הרא"ש על ר"ח גאון :
ב) בתוך הדברים יבואר שלא קשה על ר"ח גאון מבבא קמא דף קי"ב ע"א :
ג) גם יבואר דלא פליג ר"ח גאון על שיטת רמב"ן וסייעתו שהובא בש"ך סימן רצ"א ועל הדיעות שהובא בקצה"ח שם ובס' ש"מ וגם על שיטת הראשונים שהובא בשיטה מקובצת בפרק השואל דף צ"ז :
ד) גם יבואר שלפי שיטת הפירוש המשניות להרמב"ם על המשנה בב"מ דף ל"ה ע"ב · והפשט בדברי רבא דשומר שמסר לשומר חייב משום דהוי כמו שאינו יכול לשבע דמשלם ונ"מ בין שיטת ר"ח גאון ובין שיטת הפירוש המשניות להרמב"ם ז"ל אם שומר מסר לשומר אחר שטרות לפי מאי דנפסק בשו"ע סימן צ"ה :
ה) גם יבואר שבזה פליגי הרמ"א עם הש"ך בס' ש"א :
ו) גם יבואר תירוץ על קושיות שער המשפט שם על הש"ך שם :
ז) גם יבואר שהתירוץ של שער המשפט שם על קושיות הש"ך שם הוא רק לפי שיטתו בס' ס"ו · ולפי דעתי נ"ל להרץ קושיות השער המשפט בסימן ס"ו בדרך אחר :
ח) בתוך הדברים יבואר שמהרי"ט בתשובותיו נתן טעם על הדין אם התנאי בקום עשה צריך המקבל מתנה לברר שקיים תנאי ובשב ואל תעשה צריך הנותן לברר שביטל את התנאי והדין הזה מבואר בח"מ סימן רמ"א סעיף י' עיין בתשובותיו בסוף חלק ראשון :
ט) גם יבואר שאינו מובן לי טעם המהרי"ט משני קושיות דלפי דבריו יהיה מוקשים דברי ר"ן אהדדי ר"ן דסוגיא פ"פ ור"ן פרק מי שאחזו דמתורץ על פי סברת בעל דברי המשפט מסימן מ"ו :
י) גם יבואר תירוץ לפי סברת המהרי"ט על קושית השער המשפט הנ"ל מב"מ דף פ"ג ע"א ומש"ע בסי' ש"ד ומס' ש"ה ומב"מ דף נ"ח :

א) גם יבואר שקצה"ח בסימן רמ"א כתב טעם אחר מה שיש חילוק בין תנאי שבשב ואל תעשה בין קום עשה · הגם שאינו מובן לי דבריו · מ"מ מיושב קושיות השער המשפט הנ"ל אף לפי דבריו מתוספות מכות דף ט"ו ומתוס' שבת דף ד' ומרי"ף ר"פ המפקיד ומב"ק דף נ"ז ומח"מ סימן ע"ב בסמ"ע ובש"ך שם · ובסימן ק"כ בסמ"ע ובש"ך שם · ובביאורי הגר"א שם ובסימן רצ"א ברמ"א שם ובס' ש"ם שם וממחנה אפרים בהלכות שאלה ופקדון סימן ז' ומב"מ דף פ' ומתוספות שם דף צ"ג ומתוספות יבמות דף קי"ט ומבית מאיר בא"ע סוף סימן ל"ח :
ב) גם יבואר טעם אחר להחילוק בין התנאי בשב ואל תעשה וכו' מרשב"א בגיטין דף פ"ג ומחו"מ סימן רכ"ג ומסמ"ע שם ומביאורי הגר"א שם ומתוספות ב"מ דף ב' ומתוספות כתובות דף כ"ג ומרשב"א הגיטין דף ע"ח ומתוספות ב"ק דף מ"ו ומתוספות ב"מ דף ק' ומרשב"א ביבמות דף ל' :
ג) לפ"ז אינו מובן דברי הבית שמואל בסוף סימן ל"ה :
ד) גם הבית מאיר שם בהשער המשפט בח"מ סימן מ"ו ג"כ השיג על הב"ש :
ה) גם יבואר לפי סברתי ג"כ מיושב קושיות השער המשפט הנ"ל דלכאורה קשה על הדין דש"ש נוטל שכר לאחר שנשבע מכתובות דף פ"ז :
ו) הרוץ על זה מירושלמי דסוטה פרק ששי הלכה ב' ומא"ע סימן קע"ח ומקרושין דף מ"ג ומשו"ע ס' קכ"א ומתוספות כתובות דף נ"ו ע"א · ומב"מ דף כ"ז ע"ב ומשם דף נ"ז ע"ב ומראב"ד הובא בשיטה מקובצת פרק השואל דף צ"ז ומב"מ דף צ"ז ומשם דף ל' · ומשיטה מקובצת לב"מ דף נ"ח ומחולין דף מ"א במשנה ומתוספות שם ומש"ך ביו"ד סימן ה' ומש"ך בחו"מ סי' ד' ומחגיגה דף כ"ד ע"ב ומב"מ דף צ"ד ע"ב :
ז) גם יבואר סיום התירוץ על קושיות שער המשפט הנ"ל מש"ך בדיני מיגו באות כ"ב ומשם סימן נ"ח :
ח) גם יבואר מה דלכאורה קשה מסימן ע"ב סעיף י"ד ומסמ"ע שם :
ט) תירוץ על זה מיו"ד סימן קע"ז ומח"מ ס' ק"ת ומב"מ דף פ' ע"ב ומתוספות שם :
י) גם יבואר שלפי זה אינו מובן תירוץ השער המשפט בסימן ש"א על קושיות הש"ך שם מב"מ דף נ"ח ומתוספות שם ומרא"ש שם ומשיטה מקובצת שם ומחו"מ סימן ס"ו בסמ"ע ס"ק צ' ש"ך שם ס"ק קכ"ח ומאו"ת סימן ס"ו ס"ק ע' :

א) גם יבואר שגם לפי דברינו זה ג"כ הוא קשה מסימן ע"ב לפי מה שמבואר בא"ע סימן ל"ז ובבית שמואל שם וממהרי"ק שורש קע"ב ומתשובות הגאון ר"ע איגר :

דינים היוצאים מהפרח הזה

א) דין דאם שומר מסר לשומר אחר שטרות פטור השומר הראשון מלשלם כדעת הש"ך בסימן ש"ם ס"ק ד' דלא כשער המשפט שם :
ב) דין דאם התחייב אדם ליתן מתנה להבירו על מנת שיעשה לו דבר פלוני דנפסק הדין בח"מ סימן רמ"א דעל המקבל להביא ראיה שקיים את תנאו כיון דהתנאי היה בקום ועשה אף שמת המקבל מתנה · צריכין היורשים לברר שקיים את תנאו ואם לא יבררו פטור הנותן מליתן · אף שמהרי"ט בתשובותיו אינו סובר כן מ"מ כתבתי זה הדין אם יסכימו רבותי עמי וכן נמי אם אזיל המקבל תיכף למדינת הים ג"כ הדין שמחויב לברר שקיים את תנאי כיון שהוא בקום ועשה :
ג) דין מה שמבואר בשו"ע בסימן רמ"א הנ"ל שאם היה התנאי בקום ועשה צריך המקבל לברר שקיים את תנאי ואף אם בא המתנה ליד המקבל מוציאין מידו · היינו דוקא שאין המקבל מכחישו בברי שקיים את תנאי אבל היכא שמכחישו בברי שקיים את תנאי אין מוציאין מידו · וכן הדין אם היה התנאי בשב ואל תעשה שאז צריך הנותן לברר שביטל את תנאי ג"כ הדין דוקא היכא שאין הנותן מכהישו בברי אבל אם הנותן מכהישו בברי אין מוציאין מיד הנותן אם עדיין לא נתן · אף שבבית שמואל בא"ע סוף סימן ל"ה לא סובר כן · מ"מ כתבתי אם יסכימו רבותי עמי :

פרח ב

א) בו יבואר לתרץ קושיות הקצה"ח בס' רע"ז על ברייתא דכתובות דף כ"ב דאמאי בעינן הטעם שבידו להאכילו בתרומה דהא בלאו הכי ג"כ הוה נאמן כדנאמן לומר בני זה ממזר ואנכי בארתי שלא יוכל לתרץ הקושיא כי מדברי הר"ן דפרק עשרה יוחסין ומגמרא דף ע"ח מקדושין עם ומשם דף ע"ג מוכח כדברי קצה"ח :
ב) תירוץ נכון על קושיות הקצה"ח הנ"ל מכתובות דף כ"ו ומשיטה מקובצת שם ומתוספות עירובין דף ל"ז ומסנהדרין דף ל' ומח"מ סימן רנ"ה ומב"ב דף קל"ד ומא"ע ריש סימן קמ"ב ומב"ש שם ומכתובות דף כ"ח ומב"ק דף קי"ד ומיומא דף נ"א ומכתובות דף כ"ד ומשיטה מקובצת שם ומרב המגיד בפרק כ' מהלכות איסורי ביאה וממשנה למלך פרק א' מהלכות יום טוב :

פרח ג

א) בו יבואר שתירץ של שער המלך באיסורי ביאה בפרק ט"ו ותירוץ של התוספות יו"ט בקדושין פרק ד' שכתבו דיליף ר' יהודא דנאמן האב לומר זה בני ממזר דנאמן לפסול אותו מכהונה אינו עולה יפה· שאינו דמי איסור שאינו המיר לחמור וצריכין להרץ כמו שתירץ הע"י הובא בשער המלך שם מה שהקשה עליו מקדושין דף מ"ח מבואר תירוץ נכון מקדושין דף ס' :

ב) בתוך הדברים. יבואר מה שלכאורה קשה על ר' יוחנן דקדושין דף ס' הנ"ל מקדושין דף ס"ה לפי דברי התוספות דיבמות דף מ"ט וממהרי"ט בחידושיו לקדושין שם על דברי התוספות הנ"ל :

ג) גם יבואר שתירץ של המהרי"ט שם על קושיות ר"י על פירש"י שם אינו מובן מיבמות דף מ"ט :

ד) תירוץ אחר על קושיות ר"י הנ"ל :

ה) גמר הקושיא הנ"ל מה שהקשה אליבא דר' יוחנן דקדושין דף ס"א ומקדושין דף ס"ח ומא"ע סימן מ' ומבית שמואל ס"ק ת' ומיבמות דף צ"ר ע"א ומא"ע סי' ו' ומריב"ט סימן שמ"ת ומביאורי הגר"א שם ומיבמות דף מ"ה ע"ב ומאבן עזר סימן ד' וממהרי"ט בקדושין דף ס"ח ומתוספות קדושין דף ס"ח ומיבמות דף ס"א ומתוספות שם דף נ"ט שם דף מ"ד ע"ב ומתוס' שם :

ו) גם יבואר שהסוגיא דסנהדרין דף נ"ג לא אזלא אליבא דר"י :

ז) גמר התירוץ על קושיות השער המלך הנ"ל על ע"י :

א) ולפי דברינו ניחא מה שנסתפק להרמב"ם הביאו הר"ן בקדושין פרק האומר אם לפסוק כר"י דאמר קדושי מאה תופסין בה· ולפי דברינו יש ליישב קושיות התוספות ביבמות דף צ"ב :

פרח ד

א) בו יבואר תירוץ על קושיות התוספות דיבמות דף צ"ב שתירוצם שם שכתבו דמיבמה לשוק הוה ממזר מדרבנן הרמב"ם בפרק שלישי מהלכות יבום וחליצה והרמב"ן והרשב"א הובאו בביאורי הגר"א סימן קנ"ט לא ס"ל הכי לפ"ז ישאר קושיות התוספות לפי דעתם :

ב) תירוץ על קושיות התוספות הנ"ל מירושלמי דיבמות דף ב' ע"א הלכה א' ומיבמות בבלי דף מ"ה ומירושלמי פרק ג' דקדושין הלכה י"ב ומרמב"ם פרק ט"ו מהלכות איסורי ביאה הלכה ג' ומסוטה דף י"ח ומשם דף כ"ד ומירושלמי דסוטה פ"ב הלכה ו' :

ג) וגם יבואר ראיה לדברינו מיבמות דף צ"ב ומרש"י שם ומדף י"ח :

ד) גם יבואר שלפי דברינו ניחא הטעם דת"ק ביבמות דף כ"ח· גם יבואר למה פסק הרמב"ם מיבמה לשוק הולד אינו פגום כלל מיבמות דף ט"ו ע"ב ומתוספות שם דף י"ד ע"ב ומשם דף מ"ה ע"ב וממראה הפנים סוף פרק החולץ ומתוספות פרק הערל דף ע"ז :

ה) בסוף הפרח יבואר פילפול קצת מקדושין ס"פ האומר ומחידושי הריטב"א הובא דבריו בשער המלך מהלכות איסורי ביאה הלכה י"ו ומיבמות דף קי"ט ומתוספות יו"ט דקדושין פ"ד משנה ח' ומשער המלך הלכות איסורי ביאה פרק ט"ו ומחושן משפט סימן ל"ג ומבבא מציעא דף צ"ר ומתוספות כתובות דף נ"ו :

פרח ה

א) בו יבואר דין אם נתן מטלטלין ושטרות ביחד לשמור בשם שחייב באחריות על המטלטלין כן חייב גם על השטרות ונפשט דין זה מדברי תשובות הרא"ש הביאו הטור בח"מ סימן קע"ו אות מ"ר דלכאורה דברי הרא"ש אינם מובנים מדברי הטור סימן ס"ו אות מ' ודברי הרא"ש פרק שבועות הדיינין ופרק הזהב· בתוך הדברים יבואר שדברי שער המשפט בסימן ס"ו אינם מובנים מסימן קע"ו· לכן נ"ל לפרש דברי תשובות הרא"ש באופן אחר לפי דברי הרמ"א בח"מ סימן ר"ג וסימן קע"ו סעיף ח'· ובדברים האלה יתורץ קושיות שער המשפט שם על תשובות הרי"ף הביאו המרדכי פרק מרובה כי דברי שער המשפט אינם מובנים· גם יבואר קושיא לפי דברינו משי"ס פרק הזהב דף נ"ח ומתוספות שם דף נ"ז ומש"ס פרק אלו מציאות דף כ"ט ומשנה פרק השואל דף פ'· ש"ך בח"מ סימן ס"ו ומב"ב דף פ"ד ומרא"ש שם סימן ד' :

ב) דין אם אחד מסר מעות עם סחורה שיקבל פתקא מהממונה על המכס עבור הסחורה כפי חוקי המדינה ונאבד הפתקא מיד השליח נאמן השליח בלא שבועה שנאבד ממנו ופטור מלשלם :

פרח ו אות א

א) בו יבואר תירוץ על קושיות הראשונים על הרמב"ם פרק ב' מהלכות שכירות הלכה ג' דפסק דשומר חייב בפשיעת הקדשות ועבדים וכו' בפנים שונים· מדברי שער המשפט סימן ס"ו· כי דבריו אינם מובנים משיטה מקובצת לב"ק דף נ"ו ע"ב וראיה לישוב זה מב"ק דף י"ג ע"ב ומשם דף מ"ה ומתוספות שם ושם דף צ"ח ומגיטין דף נ"ג ומתוספות הכונס דף נ"ו ומתוספות ב"ק דף מ"ה ושם דף י"ד ודף נ"ו ודף צ"ה וש"ך בח"מ סימן שמ"ג :

פרח ו אות ב

ב) גם יבואר ישוב על קושיות הש"ך בסימן שמ"ג ס"ק ז' על המרש"ל בב"ק פרק הגוזל קמא סימן כ' שכתב דבעו מרים לא יוכל לומר הרי שלך לפניך אף באיסורי הנאה דאתי ממילא לפי דברי החק יעקב מהלכות פסח סימן תמ"ג אין הפרש בדברי המרש"ל כדברי הש"ך· וגם לפי מה שפירש החק יעקב דברי המהרש"ל ג"כ קשה קושיות הש"ך על המהרש"ל :

ג) גמר תירוץ על הקושיא הנ"ל מרבינו ירוחם הביאו הב"י ביו"ד סימן רס"ז ודברי הרשב"א בתשובותיו סימן תשמ"ו הביאו הרמ"א באו"ח ס' תרמ"ט ומדברי הריטב"א בסוכה דף ל"ה הובאו דבריו בפרי מגדים סוף סימן תמ"ג ובמקור חיים סימן תל"א ומתוספות ב"ק דף ע"ב ומר"ן בקדושין דף ה' ע"ב ומכריתות דף כ"ד ומתוספות נדרים סוף פרק אין בין המודר ומב"ק דף ק"ה ע"ב וממשנה בריש סנהדרין :

ד) בתוך הדברים יבואר קושיא על דברי השיטה מקובצת פרק הכונס דף נ"ו ע"ב מכתובות דף ל"ב ע"א ובקצות החושן סימן מ' ומתמורה דף כ"ה ע"א :

ה) גם יבואר ראיה לדברי מיבמות דף מ"ו ומרש"י שם דשומר כיון שקיבל עליו שמירה מהיזק שאינו ניכר חייב לפי דברי הב"י ביו"ד סימן רס"ז :

פרח ו אות ג

ו) בו יבואר שאינו מובן לנו דברי הרבינו בעל מחנה אפרים בהלכות שומרים סימן ח' במה שכתב דאף בעבדים וקרקעות פטורים השומרים אף כפשיעה מ"מ אם הותנו שיהיה השומר חייב לשלם מחויב הוא לשלם :

ז) בתוך הדברים יבואר אם ש"ח חייב לשמור מגניבה ואבידה אף שפטור מלשלם או לא :

ח) הסבר לשאר דברי הרב בעל מחנה אפרים מהרשב"ם בב"ב דף ס"ז ושם דף נ"ג ודברי עצמו בהל' קנין חצר ומשיטה מקובצת ר"פ הכונס דף נ"ו ע"א ומתשובות הריטב"א הובא דבריו בב"י סימן ס"ו ומתוספות ב"מ דף צ"ג ע"ב :

ט) גמר דברי מה שאינו מובן דברי הרבינו בעל מחנה אפרים הנ"ל מהרשב"א בקדושין דף ח' ומדברי הרמב"ן הובא דבריו בר"ן קדושין הנ"ל ובשו"ע א"ע סימן ל' סעיף י"א ברמ"א ומב"מ דף צ"ר ע"א ומב"ב דף קע"ג ע"ב :

י) גם יבואר סתירת הראיות של דברי הרבינו בעל מחנה אפרים הנ"ל :

א) גם יבואר ראיה לדברי רבינו בעל מחנה אפרים דגרמא בנזקין אסור אף בקרקע מב"מ דף ל' ע"ב ומדברי הרמ"א בח"מ סימן ר"ס סעיף י"ד ומביאורי הגר"א שם :

ב) בתוך הדברים יבואר דאביי ורבא דכתובות דף פ' אזלי לשיטתם לפי מה שאמרו בפרק המפקיד דף ל"ו :

ג) ודברינו שלא כדברי בעל שער המשפט סימן [illegible] מגיטין דף כ"ט ע"א ובח"מ סימן רצ"א סעיף כ"ו :

ד) גם יבואר תירוץ על קושיות הראשונים על [illegible] שתירץ השער המשפט אינו מובן והעיקר כתירוצו של הש"ך ומה שנסתפק הש"ך בזה הוא מבואר בדברי הר"ן לנדרים דף ל"ז כפי דבריו :

ה) לפ"ז נשאר הקושיא שבסוף פרח הקודם על ב"מ דף [illegible] :

ו) ישוב לזה ואין סתירה לדברי מב"מ דף פ' :

ז) גם יבואר תירוץ על קושיות שער המשפט על שיטת הש"ך ביו"ד סימן שמ"ט מב"ק דף כ' :

ח) גם יבואר תירוץ על קושיות שער המשפט על שיטת מרש"ל בהך דגזל חמץ ומתוספות ב"ק דף נ"ו ושם דף צ"ח :

ט) גם יבואר תירוץ על קושיות שער המשפט על דברי הש"ך [illegible]

מתוספות פרק השולח דף מ"ב מסמ"ע סימן ש"ו ומב"מ דף פ' ומתוספות שם :

פרח ו אות ד

א) בו יבואר מה שנסתפק המגן אברהם סימן תמ"ג אם הלוה על חמץ ועבר עליו הפסח אם יכול לומר הרי שלך לפניך אי לא · דנראה לי לפי דעת הריטב"א בחידושיו לקרושין דף ח' ולפי דעת הרשב"א שם הובא בקצה"ח סימן רמ"א ולפי דעת הר"ן בגיטין דף ל"ז :

ב) בתוך הדברים יבואר שדברי קצה"ח הנ"ל לא יבונה מדברי הר"ן הנ"ל ומשיטה מקובצת לב"ק דף מ"ט :

ג) גם יבואר באיזה אופן אמרו דבעל חוב יש לו קנין בגוף המשכון מתוספות ב"ק דף מ"ט ומר"ן בבאוריו לרב אלפס ר"פ שואל · ובזה יהיה ניחא דלא יסתרו דברי ר"ן אהדדי מדברי גיטין הנ"ל לפי מאי דאיתא בב"ק דף קי"ג :

ד) ולפי דברינו ניחא לפי דברי הרשב"א בקרושין דף ט"ז ומהר"ן שם ומקצה"ח ס' ש"ו · ולפ"ז נפשוט ספיקי של מג"א הנ"ל לרעת פוסקים הנ"ל לפי מאי דאיתא בב"ק דף צ"ד צ"ב ס"ו כ"א ומסמ"ע סימן שס"ג :

ה) גם יבואר שלפי דעת מור"ם הובא במרדכי פ"ק דסנהדרין הובא דבריו ברמ"א בח"מ סימן רמ"א אינו סובר כן :

ו) בתוך הדברים יבואר דברי מור"ם הנ"ל מה שצריכין הבנה מכמה דוכתי בש"ס · ביאורי מכקור חיים סימן תל"א ומט"ז באו"ח ס' תמ"ג . וש"ך ס' ס"ו :

ז) בתוך הדברים יבואר תירוץ על קושיות המחנה אפרים בהל' זכיה מהפקר סימן ט :

א) ובתוך הדברים יבואר שדברינו ניחא לפי מה שכתבו התוספות כתובות דף נ"ט ומרא"ש ב"ק דף נ"ב וגיטין דף ל"ז ומרש"י שם ומחידושי הר"ן שם ומריטב"א בקרושין דף י"ט ומר"ן בנדרים דף מ"ו וב"מ דף ס"ז ע"ב ומתוספות שם :

ב) גם שאין סתירה לדברי מפסחים דף א' ע"ב :

ג) גם יבואר קושיות על תירוץ של קושיות אבן העזר על המגן אברהם מב"ק דף ק"ה :

דינים היוצאים מפרח זה

א) דין דאין השומר חייב מהיזק שאינו ניכר כגון אם הפקיד אצלו חמץ ועבר עליו הפסח אף שקיבל הנפקד שכר שמירה על זה יכול לומר הרי שלך לפניך ואינו מחויב לשלם וזה רק כשקיבל עליו השומר בסתמא לשמור אבל אם קיבל עליו בפירש אחריות מהיזק שאינו ניכר מחויב הנפקד לשלם :

ב) דין דאין ש"ת מחויב לשמור רק מהפשיעה אבל לא מגניבה ואבידה דלא נימא אף שאינו מחויב לשלם כשנגנבה או נאברה מ"מ מחויב לשמור שלא יגנב או שלא יאבד כמבואר בפנים :

ג) דין דבהקרשות או בעברים או בשטרות אף אם קבל עליו בפירש אחריות כגון ש"ת בפשיעה וש"ש בגנבה ואבידה מ"מ פטור מלשלם · רק אם קנו מידו אז חייב אם יסכימו רבותי עמי כי בעל מתנה אפרים לא כתב כן :

ד) דין ישראל הלוה לישראל אחר על המצו אין עובר הלוה בבל יראה ובל ימצא ואין צריך למוכרו אם יסכימו רבותי עמי כי בעל הט"ז לא כתב כן :

פרח ז

א) בו יבואר אם תבע לו מאה זוז והלה משיב חמשים פרעתיך מכבר וחמשים צרורים ומונחים בתוך כלי המושכנת לך על חוב אחר אם מקרי זה הילך או לא · מב"ב דף פ"ד ושו"ע סימן ח' שיטה מקובצת לב"מ דף ט' וממקור חיים סימן תמ"ה ומרמב"ם הובא דבריו בשו"ע סימן שי"ג ומתוס' כתובות דף נ"ט ומרא"ש ב"ק פ' הפרה סימן י' ומב"ב דף פ"ד ומרשב"ם שם ומר"ן בקרושין דף ח' ומרשב"א שם קדושין דף ה' ומקצה"ת סי' ר' וממחנה אפרים בהלכות קנין חצר ס' מ"ו עירובין דף ע"ח ומשבת דף קל"א ומש"ך בח"מ סימן ר"ב ומרא"ש פ"ק דקדושין ומא"ע סימן כ"ח :

ב) בתוך הדברים יבואר ישוב על דברי הרמב"ם הובא בחו"מ סימן שי"ג מה שהקשו הפוסקים עליו מח"מ סי' רי"ב :

ג) ולפי דברים אלו יתיישב קושיות המחנה אפרים בהלכות קנין חצר סימן ג' על הרמב"ם מהלכות מכירה פרק ג' :

ד) וגם מאלו הדברים נבין דברי הריטב"א הובא בשיטה מקובצת פרק הריבית דף ס"ה :

ה) וגם יבואר טעם שני דנקרא הילך מדברי הבית שמואל בא"ע סימן קמ"ג :

דין היוצא מפרח זה

א) דין אם אדם תובע מחבירו מנה והלה משיבו הילך חמשים זוז המונחים בתוך כלי המושכנת לך על חוב אחר ויותר אין אני חייב לך שטוען שמכבר פרע החמשים זוז השנית או שלא הלוה מעולם רק חמשים זוז פטור משבועה דאורייתא אף שהחמשים זוז שאמר לו הילך היה בירו בתורת הלואה לא בתורת פקרון :

פרח ח

א) בו יבואר ישוב על קושיות האו"ת על תירוץ הש"ך שתירץ שלא יסתרו דברי הרמ"א אהדדי ממה שכתב בסימן ק"כ עם מה שכתב בסימן ע"ר מהרא"ש פ' המפקיד סימן כ"ו ומהר"ן ושיטה מקובצת לב"מ דף כ"ט ומקרושין דף כ' ומתוס' ב"מ דף כ"ט ומב"מ דף ט"ו ומשיטה מקובצת שם ומשבועות דף מ"א ומפרק המפקיד דף מ"ב ומרא"ש אלו מציאות סימן כ' ומרשב"א בקרושין שם. ד"ה אי אמרת ומבבא מציעא דף כ"ט ע"ב :

ב) גם יבואר שעל פי דברים הנ"ל יתיישב קושיות הש"ך בסימן קכ"ה על מהרש"ך שכתב דאם יש חשש פיסול מטבעות יכול הלוה לזכות את המעות להמלוה על ידי אחר בשני אופנים · אופן א' מח"מ סימן צ"ט ומקצה"ח סימן ר' ש"ך בח"מ סימן ע"ר ומב"מ דף ע"ט ומחושן משפט סימן שי"א : אופן ב' מב"מ דף ל"א ודף ס"ט שו"ע סי' קע"ו ומרא"ש פרק המוכר את הספינה סימן ט"ז ומסמ"ע סימן ח' ומביאורי הגר"א סי' צ"ט ומתשובת הרא"ש כלל ע"ט סימן י"א :

א) חיזוק לאופן הראשון מעירובין דף פ"א ומהגהת אשרי פ"ק רגיטין סימן י"ג ומתרומת הדשן סימן רל"ז ובפסקי' סימן מ"ג ומדברי הר"ן הובא באבן עזר סימן ק"ם :

דינים היוצאים מפרח זה

א) דין אם אדם אחר שלח שליח לקבל מעות שמונחים ת"י חבירו ואינם צרורין ותתומין להביאם אצלו תיכף בלא שום עיכוב כלל וכשהביא אצלו השליח את המעות אמר שיהי' ת"י בפקרון · אסור להשליח להשתמש בהם להוציאם לצורכו אף שאינם צרורין ותתומין מ"מ כיון דליכא גילוי דעת בהמלוה שישתמש בהמעות אסור ולא דמי למפקיד מעות שאינם צרורין ותתומין דמותר לנפקד להשתמש בהם אך באופן אם יסכימו רבותי עמי :

ב) דין אם המלוה הלך בתוך הזמן למדינת הים יכול הלוה לזכות על ידי אחר כשיכלה זמן הלואתו כדי שיפטור הלוה מאחריות אונסין על המעות כתשובות מהרש"ך בספר ב' ס' צ"ט אך באופן אם יסכימו רבותי עמי :

פרח ט

א) בו יבואר תירוץ על מה שהקשו הגאונים ובראשם בעל מתנה אפרים בהלכות שומרים סימן כ"א על המרדכי בפ' התובל דכתב דאין המעשה משתנה בחליפת דברים והביא ראיה מהגמרא סוף פרק התובל והקשו עליו דאדרבה שםם מבואר להדיא היפך דבריו :

ב) ישוב לזה בשני אופנים אך באופן ראשון לא יתיישב דברי הרמ"א בס' שמ"ד :

ג) אופן שני נאה ומתקבל על פי קושיות הרשב"א דשם בפרק החובל :

ד) גם יבואר תירוץ על קושיות הגאונים הנ"ל על ראיה שניה של המרדכי הנ"ל :

ה) בתוך הדברים יש קושיות ופירוקים על הגמרא דב"מ דף צ"ד ואיזה קושיות מוזכרים בראשונים · תוספות כתובות דף נ"ו ושיטה מקובצת לב"מ שם ויתורצו מב"ק דף קי"ב ומשיטה מקובצת לב"מ דף צ"ז :

ו) גמר תירוץ על המרדכי הנ"ל מרמ"א בח"מ סי' ר"ם ומביאורי הגר"א שם ס"ק ל"א :

ז) גם יבואר האיך מיושבים דברי הרמ"א בסימן שמ"ד לפי אופן השני :

ח) ובתוך הדברים ישבנו הקושיא מה שיש להקשות על לישנא בתרא הפרק הגוזל בתרא מכתובות דף פ"ב מתוספות שם :

ט) גם יבואר תירוץ על קושיות המחנה אפרים על המשנה דבבא מציעא דף צ"ד הא אין אדם מוחל דבר שלא בא לעולם · ישוב לזה מב"מ דף ל"ה ומתוספ' כתובות דף נ"ו ד"ה ה"ז :

י) גם יבואר תירץ על קושיא של רבינו בעל מתנה אפרים על הך דב"מ הנ"ל לפי מה שכתב התוספות בכתובות דף פ"ר ד"ה וסבר · ישוב על זה מתוספות סנהדרין דף כ"ד :

פרח י אות א

בו יבואר אם לוה מאחר שלא ישלם לו רק אם יהיה לו ואם לא יהיה לו מה לשלם אז מוחל לו המלוה את החוב · ואופן כזה מוזכר בנדרים דף ל"ג ואח"כ לוה מאחר לשלם לו בלי שום תנאי ואין לו נכסים כדי לפרוע את שניהם אם מיקרי דיש לו ממה לשלם ושניהם חולקים את נכסיו או לא :

ב) ראיה דמיקרי יש לו מב"ב דף קל"ט ודף פ"ח ומב"מ דף ס"ט ומש"ך בח"מ סימן ע"ב ומגיטין דף ל"ז ומתוספות ב"מ דף ס"ז ומחידושי הר"ן שם ומח"מ סימן ס"ז ומפסחים דף ל"א ומתוספות שם ומח"מ סימן ע"ב ומכתובות דף צ' ומא"ע סימן קי"א :

ג) גם יבואר ראיה לדברי רש"י דכתובות דף צ' שלא כדברי הפני יהושע והפלאה עם מבב"ב דף קכ"ד מבכורות דף נ"א ומפסחים דף ה' ומיומא דף ס"ג מכתובות דף צ"א ומגיטין דף מ' :

ד) נכר הראיה דמקרי יש לו מתוספות יומא דף י"ט :

ה) גם יבואר שאין להביא ראיה היפך מדברינו מדברי הר"ן בקדושין דף ס' :

ו) ישוב לזה מכתובות דף פ' :

ז) ולפ"ז כיון דמקרי יש לו יש לחקור אם יכול הלוה לזכות ע"י עצמו שיהיה אלו המעות שייכים להמלוה שהלוה בלא שום תנאי :

ח) ואין לפשוט זאת מח"מ סי' ק"ה לפי דברי הקצה"ח שם ואף שדברי הקצה"ח אינם מובנים לי מכתובות דף ק"ח ומר"ן פ' האשה שנתארמלה ובארתי דברי המחבר בפנים אחרים מכל מקום אין לפשוט מזה · והסברא שנופל הספק הוא אי שייך גביה לומר מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבירו או לא לפי הנראה תלוי הדין זה במחלוקת הסמ"ע והש"ך אם המלוה יכול לתפוס יותר מחובו אי לא והאו"ת הביא ראיה לדברי הסמ"ע מביצה דף ל"ט ואינו מובן ראיתו לפי מה שכתב השיטה מקובצת בב"מ דף ח' :

א) גם הביא האו"ת ראיה לדברי הסמ"ע הנ"ל מב"ק דף ע' וגם זה אינו מובן :

ב) גם יבואר שהקצות החושן הביא ראיה לדברי הש"ך משותפין שגנבו בבא מציעא דף ח' והנתיבות המשפט דחה הראיה הזאת :

ג) בתירה לדברי הנתיבות :

ד) בתוך הדברים יבואר בטוב טעם מה דפליגי רש"י ותוס' בב"מ דף ח' בשותפין שגנבו מח"מ סימן ע"ז וסימן קע"ו ומרא"ש פרק הגוזל קמא סימן י"ח ומהרא"ש פ' המוכר את הספינה סימן ט"ז מביאו הסמ"ע בסימן ר' ומגיטין דף ע"ז · אך שלפי דברי השיטה מקובצת לב"ק דף ע"ח שהביא שם שיטת הראשונים לא נוכל לומר שם כדברי :

ה) אופן שני לבאר זאת מתמורה דף ד' ומב"מ דף י' ומב"ק דף ע"ט וכתובות דף ל"א :

ו) לפ"ז ראיות הקצה"ח הנ"ל לדברי הש"ך נכונה ומיושב קושיות הנתיבות :

אות ב

ז) גם יבואר מה שנראה לפני עניית דעתי להביא ראיה לשיטת הש"ך דיכול לתפוס יותר מכדי חובו אף במקום דחב לאחרינא מב"ק דף קי"א ומהירושלמי שם ומאבן עזר סימן כ"ח ומגיטין דף נ"ג ומבבא קמא דף ק"ט ומתוספות מנחות דף ל"ח ומבבא קמא דף ק"י ומרשב"א לבבא קמא דף ק"ט ומשיטה מקובצת לשם דף קי"א וממע"ק דף י"ג ומירושלמי ריש חגיגה הובא שם בתוספות דף ג' ומתוספות מנחות דף ע"ג ומתמורה דף ז' ומבכורות דף י"א :

ח) גם יבואר שלא יקשה על הש"ך הנ"ל מדברי הרשב"א בקדושין דף י"ט ומגיטין דף י"א ומקדושין דף ס"ה :

ט) ישוב לזה · ובזה מיושב קושיות התוספות בקדושין דף מ"ב ד"ה איש מתוספות גיטין דף ס"ג :

י) גם יבואר שאין סתירה לדברי מב"מ דף ח' :

יא) גם יבואר דע"י שידור הנאה מדבר לא הוי כשלו מרמ"א באו"ח סימן תרמ"ט ומר"ן בנדרים דף פ"ה ומפקור חיים בסימן תל"א · ואף גם לדעת הריטב"א בסוכה דף ל"ה יתכן זה :

יב) גם יבואר שלא יקשה על דברינו מגיטין דף ל' ומפסחים דף מ"ו ומשבת דף מ"ו :

יג) גם יבואר עוד קושיא ותירוצים על דברינו :

יד) גם יבואר שאם לוה מאחר בתנאי שאם יהיה לו אז ישלם ואחר כך לוה מאחר לשלם בלא תנאי איך הוא הדין ויבואר זאת משיטה מקובצת לב"מ דף י"ט הביאו דברי המשפט בסימן פ"ו :

טו) גם יבואר שיש לכאורה סתירה על דברי מדברי הח"מ סימן ק"ד · ישוב לזה מתוספות בבא קמא דף מ' ומגיטין דף ל"ז :

דינים היוצאים מפרח זה

א) דין מה שמבואר בחו"מ סימן ק"ה סעיף ג' אם הלוה אמר לאדם אחר זכה בחפץ זה לפלוני או תן מנה זה לפלוני זכה לו ואפילו אין הזוכה מכיר לאותו פלוני ואין אחד מבעלי חובות יכולים לגבות מאלו שכבר זכה בהם אחר וכתבתי בפנים שלאו דוקא אחר אלא אפילו הלוה בעצמו יכול לתפוס עבור מלוה פלוני אף שהוא חב לאחרינא בזה ובאופן שידור הנאה מקודם מהמעות שרוצה לזכות ובתנאי שיוכל לשלם בהמעות הללו לאיזה בע"ח שירצה · וגם כתבתי דהא דהלוה יכול לזכות על ידי אחר או לתפוס בעצמו עבור מלוה פלוני היינו דוקא היכא דהמלוה שתפס עבורו המעות הוא בעיר אבל היכא שאין המלוה בעיר אינו יכול לתפוס עבורו במקום שחב לאחרינא :

ב) דין היכא דלוה מאחר לשלם לו בלא שום תנאי ואח"כ לוה מאחר שלא לשלם לו רק אם יהיה לו ובאין שניהם כאחד לגבות אם אין בנכסים לפרוע כדי שניהם הולקין בהנכסים · אך היכא דלוה מתחילה מאחר שלא לשלם רק אם יהיה לו ואח"כ לוה מאחר לשלם לו בלי שום תנאי ואין בהנכסים לפרוע כדי שניהם אזי גובה מקודם המלוה שלוה מאתו שישלם לו בלי שום תנאי ומה שישאר בנכסים יגבה מלוה השני :

ג) דין לפי מה שמבואר לעיל דאם אין המלוה בעיר אינו יכול לתפוס הלוה עבורו במקום שחב לאחריני מכל מקום אם לוה מאחר שישלם לו בלי שום תנאי ומשני לוה שלא לשלם רק כשיהיה לו יכול לתפוס הלוה עבור המלוה שלוה מאתו בלי שום תנאי ואף שאין המלוה בעיר ובאופן המבואר לעיל בדין ראשון שידור הנאה מקודם עיי"ש דכיון שיש לו זכיה לנפשיה יכול לזכות עבור המלוה הזה אף דהזכיה דנפשיה נמשכת רק אם מקודם יזכה לאחרים במקום דחב לאחריני מ"מ זכה המלוה כמבואר בפנים בראיות ברורות :

ד) דין דהעיקר כשיטת הש"ך בסימן ק"ה ס"ק ב' דהמלוה יכול לתפוס אף יותר מכדי חובו דרך משל אם מגיע לו מאה זהובים יכול לתפוס מאה וחמשים שתחמשים זהובים הנשארים מכדי חובו יהיה עבור מלוה פלוני אף שהוא חב לאחרינא בזה שהלוה חייב ג"כ לבד שני המלווין הללו לאנשים אחרים ואין להלוה נכסים לפרוע כולם :

פרח יא

א) בו יבואר לפי מה שכתבתי בפרח הקודם סברת הרשב"א בתשובותיו הובא בנתיבות המשפט סימן פ"ו יובן טעם הדבר מה שמבואר בראשונים דקדושת הגוף מפקיע מידי שיעבוד ומקצתם המה הר"ן בנדרים דף פ"ו ותוספות בבא קמא דף ל"ג :

ב) דלכאורה מה שכתבו התוספות בגיטין דף מ' טעם החולק אינו מובן דקשה על דבריהם כמה קושיות · והקושיות מבוארים בפנים ואציין רק המראה מקומות מאיזה קושיות כי הנשארים המה רק מיניה וביה היינו הרשב"א במגילה דף כ"ו ונדרים דף כ"ט וקדושין דף ז' ירושלמי פ' השולח ירושלמי קדושין ריש פרק האומר והביאו הר"ן בנדרים דף כ"ט וב"ק דף ס"ח ויבמות דף צ"ז גיטין דף מ"א תוספות סוכה דף ל' ותוספות גיטין דף נ"ה :

ג) ולכאורה נוכל לומר טעם החולק לפי מאי דאיתא בערכין דף כ"ג :

ד) ובזה יובנו דברי הקצה"ח בסימן קי"ז שכתב דמלוה על פה גובה ממטלטלים שהקדיש ולפי דברי איכא טעמא לזה דקדושת דמים אינו אלא שיעבוד בעלמא ואינו חל על גוף הדבר :

ה) ולכאורה יש סתירה לזה מחולין דף קל"ט :

ו) ישוב לזה :

ז) אך מפסחים דף כ"ט ומט"ז בא"ח סימן תמ"ג ומפסחים דף ה' ומתוספות גיטין דף ס"ו ומיבמות דף פ"ח ומתוס

ב"ק דף ס"ח ומתמורה דף ל"ב מוכח היפך מזה דקדושת דמים חל על גוף הדבר :

ה) ישוב לדברי התוספות בגיטין דף מ' הנ"ל מהרשב"א לב"ק דף מ"ט וכרשב"א קדושין דף ח' :

א) ולפי דברינו אינו מובן דברי רש"י בב"מ דף מ"ו מגיטין ריש פרק הזורק ומשיטה מקובצת לב"מ דף י"א ומתוספות ב"ב דף ע"ו :

ב) גם יבואר שלפי דברינו העיקר כדעת המשנה למלך שהובא בקצה"ח הנ"ל דמלוה ע"פ אינו גובה בקדושת דמים שלא כדברי קצה"ח הנ"ל :

אות ב

ג) ומה שהביא ראיה מדברי התוספות דערכין דף כ"ג • סתירה לזה מתוספות דסוטה דף כ"ד ומב"ק דף ק"ב :

ד) גם יבואר שגם לפי שיטת הרמב"ן והרשב"א הובא בש"ך סימן קט"ו ג"כ ניחא דברינו מאו"ת סימן הנ"ל ומב"מ דף ה' מקדושין דף ס"ג :

ה) גם יבואר סתירה לדברינו מבבא מציעא דף י"ב ומתוספות כתובות דף מ"ט ומהרא"ש פרק האומר וכתוספות דיבמות דף צ"ט :

ו) גם יבואר ישוב לזה מגיטין דף נ' וממגילה דף כ"א ומרא"ש סוף פ"ק דגיטין :

ז) גם יבואר שאין סתירה לדברינו מש"ך סימן שמ"ו ומתוס' כתובות דף מ"ט :

ח) גם יבואר שלפי דברינו מיושב קושיות שער המשפט על הסמ"ע בסימן קי"ג מתוספות ב"מ דף ק"ג ומח"מ סימן רי"ב :

ט) גם יבואר שמשו"ה מיאן הרמב"ן הובא בנ"י פרק חזקת הבתים דף מ"ד בטעם הסמ"ע משום דאזיל לשיטתו הובא דעתו בש"ך סימן קט"ו מקצה"ח סי' קי"ג ומבבא מציעא דף ט"ו ומשיטה מקובצת לב"מ דף ק"י :

י) בתוך הדברים יבואר תירץ על קושיות התוספות ב"ב דף מ"ד בטוב טעם ודעת מב"מ דף ק"ד :

יא) סתירה להוכחה שניה של הקצות החושן הנ"ל שגובה בע"ח מקדושת דמים מכתובות דף ק"ט :

יב) בתוך הדברים יבואר תירץ על קושיות קצות החושן בסימן קי"א על הראשונים מביאורי הגר"א סימן רע"ה ומב"ב דף ס"ב ע"א :

יג) ובתוך הדברים יבואר סתירה לתרץ דברי המשפט ריש סי' קי"א על קושיות קצה"ח עם מב"ב דף קמ"ח :

יד) בתוך הדברים יבואר תירץ על קושיות הראשונים הובא בשיטה מקובצת לב"ב דף כ"ט מב"ב דף קל"ו וקל"ז :

א) גם יבואר ראיה לדברי דהעיקר כדעת המשנה למלך מתשובת הרשב"א סי' תרמ"ח בח"מ סי' קי"ז :

ב) גם יבואר עוד ראיה לדברי המשנה למלך מתוספות בבא קמא דף ע"ו ותוספות ב"ק דף ע"ט ושיטה מקובצת שם :

אות ג

ג) גם יבואר עוד ראיה להנ"ל מריש פ' חזקת הבתים סימן ס"ה וממחנה אפרים בהל' זכיה מהפקר סימן ה' :

ד) גם יבואר אם מלוה על פה גובה ממה שהקדיש לצדקה או לא :

ה) בתוך הדברים יבואר אמירתו לצדקה כמסרתו להדיוט או לא מר"ן בנדרים דף ל' ומהגהות אשרי פרק יש נוחלין ומהגהות מיימוני הביאו הקצה"ח סימן רי"ב ולפ"ז מוכח דמלוה על פה אינו גובה ממה שהקדיש לצדקה :

ו) גם ראיה לזה ממרדכי פ"ק דב"ב אות תצ"ז :

ז) בתוך הדברים יבואר קושיא על המרדכי הנ"ל כגיטין דף ל' • גמר הראיה הנ"ל מביאורי הגר"א ס' רנ"ג ומשבועות דף כ"ג :

ח) גם יבואר ראיה דאמרינן גבי צדקה אמירתו כמסירתו וכו' מנדרים דף ז' ושו"ע יו"ד סימן רנ"ח ומשבועות דף כ' ומיו"ד סימן רל"ט ומנדרים דף י"ד וכר"ן עם בנדרים דף כ"ט ומיו"ד סימן רל"ד :

ט) גם יבואר עוד ראיה לזה כרמב"ם הובא בחושן משפט סימן רע"ג :

י) בתוך הדברים יבואר תירץ על קושיות קצה"ח סי' רע"ג על דברי הרמב"ם הזה • ישוב לזה מב"ק דף ס"ט וממשנה ריש מרובה ורש"י שם ומתוספות דף ע' ומב"ק דף ע"ו :

יא) בתוך הדברים יבואר ששיטת הרשב"א דללישנא קמא

דנהרדעי בבא קמא דף ע' סובר דאין קנין חל על דבר שאינו ברשותו וילפינן לה מהקדש וללישנא בתרא סובר דלא ילפינן מהקדש וחל קנין על דבר שאינו ברשותו • ומה שהשיג עליו הקצות החושן בריש סי' קנ"ג השבתי מרש"י דקדושין דף מ"ג ובארתי דברי רש"י בשני אופנים לפי מה שמבואר בחו"מ סי' ע"ג ומב"מ דף מ"ג ומח"מ סימן רצ"ב ובתוספות רי"ד בקדושין שם ומב"מ דף ק"ד :

יב) גם יבואר טעמא דלישנא בתרא דנהרדעי דלא ילפינן שאר קנינים מהקדש מתמורה דף י' ומתוספות שם :

א) גם יבואר עוד טעם אחר מה שפליגי לישנא קמא ובתרא אי ילפינן שאר קנינים מהקדש אי לא מב"מ דף ק"ב ודף נ"ז והתוספות ב"ק דף י"א ומר"ן לב"מ דף ע"ח ומב"מ דף מ"ג ומסנהדרין דף ט"ו וממנחות דף פ"א ונזיר דף ט' ומרמב"ם פרק ט"ז מהלכות מעשה הקרבנות ומהשגת הראב"ד שם וממנחות דף ק"ג ברש"י ומהרי"ט בח"ב בח"מ ומתוספות ב"ק דף מ"ה ומרשב"ם ב"ב דף ס"ו ומרמב"ם וסייעתו הובאו דבריהם בח"מ סימן רמ"א וממחנה אפרים הלכות קנין משיכה סימן ד' ומרש"י בביצה דף ל"ט וממחנה אפרים בהלכות שכירות סימן ה' ומביצה דף י"ב ומס"א באו"ח סימן שצ"ו ומרשב"ם ב"ב דף פ"ה ומב"ק דף מ"ח ומבכורות דף י"ח ומרמב"ם הובאו דבריו בח"מ סי' קצ"ב ומדבריו הובא בח"מ סימן מ"ו ומח"מ סי' קצ"ב וממחנה אפרים הלכות שכירות סימן ב' ומתוספות כתובות דף ל"א ומב"ק דף ע"ט ומשיטה מקובצת כתובות דף ל"א ולפי דברי מיושבים כל קושיות קצה"ח שבריש סימן קנ"ג שהקשה על הרשב"א הנ"ל :

ב) גם יבואר שלפי דברינו ניחא דברי הרמב"ם הובא בחו"מ סימן רע"ג ההפקר מתורת נדר וגם להציל אותו מקושיות הקצה"ח הנ"ל עליו מדהוקשו לו להרמב"ם על סוגיא דב"ק דף ס"ט מנדרים דף נ"ח וממנחות דף ל"א ומפירש הרא"ש לנדרים דף נ"ח שם וממשנה למלך פ"ה מהלכות תרומות הל' י"ז ומתוספות ב"ק דף ס"ט • גמר תירץ על הרמב"ם הנ"ל מרש"י בגיטין דף ל"ח ומב"מ דף כ"ג • ובזה מיושב שלא יסתרו דברי הרמב"ם אהדדי הרמב"ם הנ"ל עם מה שכתב בפרק ב' מהלכות נדרים הלכה ו' :

ג) גם יבואר ראיה לדברינו דמלוה על פה אינו גובה ממה שהקדיש לצדקה היפוך דברי קצה"ח סימן קי"ז הנ"ל :

ד) בתוך הדברים יבואר סתירה לדברי קצה"ח בסימן רע"ג במה שחקר אי הפקר עושה קנין אי לא מחולין דף קל"ו ומאו"ח ס"ס י"ד ומר"ן ריש פסחים :

ה) גם יבואר עוד ראיה דהפקר עושה קנין מנדרים דף מ"ד :

ו) עוד ראיה להנ"ל מב"ק דף כ"ט :

ז) גם ראיה להנ"ל משיטה מקובצת לב"ק דף י"ג • גם ראיה מירושלמי ריש פ' ששי דפאה :

ח) ולפ"ז מוכח שלא כדברי קצה"ח בסימן קי"ז הנ"ל שכתב דמלוה על פה גובה מצדקה מנדרים דף ז' הנ"ל וממחנה אפרים הלכות צדקה וכרמ"א ביו"ד סימן רנ"ח ומח"מ סימן רי"ב ומשבועות דף כ"ו ומיו"ד סימן ר"י ומביאורי הגר"א בח"מ שם ומבעל המאור פ' גט פשוט ומלחמות שם ומש"ך סי' רנ"ה :

א) גם יבואר שלשה קושיות על הרמב"ם הנ"ל דהפקר מתורת נדר מכריתות דף כ"ד ומשבועות דף כ"ו ומיו"ד ריש סימן ר"י ומביאורי הגר"א לאו"ח סי' תקמ"ב ומר"ה דף ט"ו ומב"ק דף מ"ח :

ב) ישוב לשלשה קושיות הנ"ל מנדרים דף מ"ג ומיו"ד סימן רכ"א ומקצות החושן ריש סי' י"ב וממהרי"ט בח"ב בחושן משפט סימן מ"ה :

ג) ובתוך הדברים מבואר שמיושבים המה דברי הרמב"ם בסוף פ' י"א מ"ה נזקי ממון :

ד) גם יבואר מנא לה להגמרא לימוד כן התורה דהפקר בלב הוי הפקר דלכאורה מנדרים דף מ"ה וכר"ן שם יש סברא איפכא :

ה) הוכחה כן התורה דהפקר בלב הוי הפקר לפי מאי דאמרינן בבא מציעא דף כ"ג ומרש"י בב"ק דף ס"ו ותוספות שם ומרש"י דגיטין דף ל"ח :

ו) בתוך הדברים יבואר ישוב לקושיות המחנה אפרים על התוספות דב"ק דף ס"ו מסוגיא דצנועין :

ז) גם יבואר עוד הוכחה מן התורה דהפקר בלב הוי הפקר לפי מאי דאמרינן בירושלמי סוף פ' ששי דפיאה ומב"מ דף ל"ח ומב"ק דף צ"ד ומרש"י בגיטין דף ל' ומבבא מציעא דף י"ב :

ח) ובתוך הדברים יבואר פירש לדברי רש"י בר"ה דף ט"ו ע"א

פ"א ד"ה ורב המנונא דלכאורה דבריו סותרים אהדדי ולפ"ז מוכח מרש"י דהיכא דמפקירה בלבו הוי הפקר · לפ"ז מיושב קושיות התוספות בב"ק דף ס"ו הנ"ל על רש"י לפי מאי דאיתא בב"מ דף כ"ט ומתוספות ב"ק דף ע' לפי סברת השער המשפט סימן ס"ו :

ט) גם יבואר שלפי דברינו לא קשה על הנך פוסקים היינו המהרי"ט בקדושין בחידושיו על הרי"ף ותשובות מהרי"ק שורש ע"ב והר"ן פרק גיד הנשה ובית שמואל סימן ל"ז ותשובת רע"ק סימן קכ"ד דס"ל דעד אחד נאמן בדבר שבערוה היכא דלא איתחזק איסורא מהך דב"מ דף כ"ח דלפי דברי ניחא :

י) גם יבואר דלפי דברי יש להתיר אשת המוכר המבואר בגבית עדות ריש כפתור ראשון על ידי מה שנמצא נכתב בפנקס הכומר שמת המוכר הנ"ל מגיטין דף י' וחושן משפט סימן כ"ח :

דינים היוצאים מכרה זה

א) דין דאין מלוה גובה ממטלטלין שהקדיש לקדושת דמים כדעת המשנה למלך בפ' ח' מהלכות מלוה אף שהקצה"ח חלק עליו הבאתי ראיות נכונות לדעת בעל משנה למלך ורבותינו יראו הראיות ויכריעו בדבר :

ב) דין דאם הקדיש ממטלטלין לצדקה אינו גובה מלוה ע"פ מהם דגם גבי צדקה אמרינן אמירתו לצדקה כמסירתו להדיוט דמי אך מה אעשה שבעל קצה"ח לא ס"ל כן לכן רבותינו יכריעו בדבר אך נ"ל דדוקא אם בשעה שנדר לצדקה הפריש תיכף את הדבר אז אינו גובה מהם אבל אם נדר מתחילה שמחויב להפריש ואח"כ הפריש לא אמרינן גביה אמירתו לצדקה כמסירתו דמי וגובה מלוה ע"פ מהם כמבואר בפנים :

ג) דין אם הגיע זמן הפרעון ואח"כ הקדיש מטלטלין לקדושת דמים גובה מלוה ע"פ מהם אבל אם הקדיש לצדקה אף לאחר שהגיע זמן הפרעון אינו גובה מלות ע"פ מהם כמבואר בפנים :

ד) דין דהפקר עושה קנין ועומדת ברשות הכל בשעה שהפקיר לכן אין גובין ממטלטלין שהפקיר בתוך זמנו ולא קשה מגר שמת ובזבזו כל ישראל נכסיו דגובה בע"ח מהם כמבואר בפנים אף שלדברי קצה"ח ריש סי' רע"ג יש ספק בזה מ"מ אם יסכימו רבותי עמי נראה לי כדברי :

ה) דין דהפקר בעל כרחו הוה הפקר :

ו) דין דהיכא דאיכא הוכחה דהפקירו בלבו הוי הפקר אך דיכול לחזור בו קודם שיבוא ליד הזוכה :

פרח יב

א) בו יבואר אם יש להתיר אשת המומר המבואר בגבית עדות בריש כפתור ראשון :

ב) ובתוך הדברים יתורץ דברי הרמב"ם פרק י"ג מהלכות גירושין הלכה כ"ח ממה שהקשה הרשב"ם עליו בסוף יבמות מגיטין דף ע"א :

ג) בתוך הדברים יבואר פירש הגמרא דסוף יבמות שהולכין ר"ע ור"ט לשיטתם בירושלמי דסוטה פרק ששי הלכה ב' מכתובות דף פ"א :

ד) גמר התירץ על דברי הרמב"ם מתוספות סוכה דף כ"ד ומהרז"ה הביאו הר"ן סוף פ"ב דכתובות ומתורת חיים בסנהדרין דף ל"ב הביאו הש"ך בסימן ל"ח :

ה) גם יבואר שאין סתירה לדברינו מסוטה דף ל"א דיש ישוב לזה מריש סוטה ומשם יש ראיה לדברינו :

ו) גם יבואר שלא יקשה על דברינו מגיטין דף כ"ח כי כבר מוזכר ישוב נכון לזה בתשובת נודע בשערים סימן ל"ה :

ז) גם יבואר שאין להקשות על דברינו מש"ך סימן ל"ח שהשיג שם על הר"ן הנ"ל · ישוב נכון לקושיות הש"ך ומילא מתורץ דברינו :

סליק מפתחות מכפתור רביעי

דין היוצא מפרח זה

א) דין אם נכתב בערכאות המדינה שמת איזה איש מותרת אשתו להנשא לכל גבר דהצבינן לכן אשת המומר המוזכר בגביות עדות בריש כפתור ראשון מותרת להנשא כיון דנמצא כתוב בפנקס זכרון המתים דמיטווא שמת בעלה :

השמטות מכפתור שלישי

בדף ה ע"ב שורה כ"ב בין תיבת "לדברי" ובין תיבת "לכן" צ"ל וכיון שבררתי דאם שומר משך פרה וכו' דאף אם קנה רק לפירותיה מ"מ יש לו זכיה בגוף הבהמה בוודאי כל גוף הבהמה קנויה לפירותיה דהא קנויה להשתמש בה בכל גופה ואיבריה דהא לא פרט באיזה אופן ישתמש בה ולאחר שלשים יום קנויה לו גוף הבהמה לעשות בה כל מה שירצה אפילו לשוחטה וכדומה א"כ לא שייר בה המוכר מידי בגוף הבהמה ואינו יכול למכור לאחר אף בתוך שלשים יום כדכתבתי לעיל ויהיה מה שאמר לאחר שלשים יום הוא רק נבטלה וזה לא נוכל לומר כן כאמור לעיל :

בדף ט ע"ב בשורה ל"א בין מלת "רחמנא" ובין מלת "ודעתי" וצ"ל על ראיה זו יש לפקפק אבל השני ראיות הקודמים נכונים המה וכן מסיק המחנה אפרים בריש הלכות שאלה ופקדון דחיובא דשומרים הוא מגד הדין דהתורה מחייבם אף בלא שיעבדו את עצמם והביא עוד ראיות לזה גם התירוץ השני של התוספות דכתובות (דף כ"ו) מיושב ג"כ ביותר כדברי :

בדף י"ב ע"א בשורה מ"ח בין תיבת "המ"ש" ובין תיבת "ואם" צ"ל ומזה מוכח דלא כהש"ך שם ועיקר כדברי הסמ"ע שם וכן כתב הקצוה"ח וכן דעת הנתיבות המשפט וכן דעת המשכנות יעקב וכן דעת שב הכהן סימן נ"ח והפנים מאירות ח"ב סימן ח' הובא דבריהם בפ"ת שם וכן דעת המחנה אפרים בדיני אסמכתא סימן ד' ולא קשה על דברי מב"מ כ"ד דשם מבואר דהפוסק על שער שבשוק יכול לחזור גם הלוקח דהתם שאני דהתם איירי בתרי תרעי דאף ר"ש דסובר דאין הלוקח יכול לחזור בחד תרעא בתרי תרעי מודה כמו כן ורבנן דאין יכול למשוך ג"כ סבירא להו כמו דסבירא לר' שמעון וכ"כ הוא מה לר' שמעון דלא עשו חכמים תקנה לגבי לוקח כלל מ"מ בתרי תרעי יכול לחזור כמ"כ לרבנן דסבירא להו דעשו חכמים תקנה לגבי לוקח בוודאי בתרי תרעי דאין להלוקח מה למשוך יכול לחזור והדרכה מזה הדין מוכח כדברי דהא בתרי תרעי מבואר ביורה דעה סימן קע"ה דהלוקח יכול לחזור והבא בינה שמחבר לשונו אלא וודאי בחד תרעא אין יכול לחזור ועיין רש"י ב"מ שם ד"ה בחד תרעא והו"ק כי קצרתי :

בדף י"ג ע"א בשורה ג' מתיבת א"כ עד סוף הפרק הלשון מגומגם והמבין יבין ודו"ק:

שם (בדף י"ג ע"ג בשורה י"ג) בין תיבת "הקנים" ובין תיבת "כמו" צ"ל · כיון דמיירי באופן שאין כותבין שטר כמו שכתבתי לעיל והוא כמו בפוסק על שער שבשוק והבאתי לעיל או וכו' :

בדף טו ע"ב בסוף האות · הרא"ה מהריטב"א יש גירסת וקושית הריטב"א יש לתרץ עפ"י מאי דאמרינן באין אומרים לאדם חטא בשביל וכו' כדאיתא בשבת (דף ד') ועיין בתוספות שם ודו"ק :

שם בדף ע"ו ע"ד בשורה ס' התיבות "בשמה דוקתי בב"ב" נמחק וצ"ל בתוספתא דמ"ב והביאה הר"ש בפרק ז' דדמאי משנה ד' :

לוח השמטות מכפתור שלישי

בדף כב ע"ג בשורה כ' התיבות „לא הוי חזרה דלא הוי" נמחק וצ"ל אינו יוצא בו דהוה וכו' :

בדף כג ע"ד שורה י"ז אחר תיבת בב"מ (דף ע"ז ע"ב) הראיה זו יש לדחות כי לשון רש"י אינו מדוקדק לפי פירש"י בעצמו בכתובות (דף נ"ז ע"א) ד"ה זבין לא אצטריכי זוזי עיין שם ועיין עוד בהרא"ש שם :

בדף כה ע"ג שורה י"ז אחר תיבת לעיל צ"ל עיין בקצוה"ח סימן ר' ס"ק ז' אחר פרט זו חסר דין אחד ממה שמבואר בפנים וזה הוא כלים הבכורים מעובדי כוכבים אם הקדים בכרו צריך להטבילו עם כלי אחר או לכה"פ בלא ברכה :

בדף כט בשורה כ"ו אחר מלת „לחזור" צ"ל דהא יש קנין חצר המועיל בכולהו דוכתי ומה שכתב הגאון הנ"ל אינו מובן ודו"ק וגם קנין מסירה והגבהה אית בה דאפילו פיל יכול להגביהו כדאיתא בקדושין (דף כ"ה ע"ב) אלא ודאי הכך הוא גזירת הכתוב דבואל לא יוכל לחזור בו :

בדף לב שורה ו' אחר מלת „תלין" צ"ל ולכן עובר בל תלין על חלק השכירות שיש לו רק שיעבוד אבל גבי אונאה הוי אפכא דרמינן האונאה אחלק שגופו קנוי לו דהוי כקרקע ואינו דומה למ"ש בחו"מ רכ"ז דהתם שני דברים ודו"ק ועיין בתה"ד שציין הרב בהגהה :

בדף מא ע"ב שורה ל"ט אחר מלת „לעולם" צ"ל אבל בגמרא דב"ב אי אפשר לומר כן כמ"ש הרשב"א גיטין (דף ל') וגם ממקומו מוכח דאלת"ה מאי טעמא דמ"ד לא חל ההקדש ודו"ק :

שם בע"ג שורה כ"א אחר מלת „לעולם" צ"ל והא דנקט התם בב"ב לשון אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם נראה שהיתה הברייתא דלאחר שנתגיירו שגורה בפי התלמידים וכן נראה מהא דלא הביא התלמוד את הברייתא ונראה ג"כ שהיתה שגורה לגבי הקנאה דהכי ריהטא דכולי ש"ס אמטו להכי נקיט נמי תלמודין לשון מקנה ולא חש לפרש הקדושין בלשון הרי את מקודשת דומה להקדש לפי שהיתה אצלו הברה פשוטה וגמרא דב"ב כהנ"ל נקטא אגרסא דלישנא ודו"ק :

בדף מו ע"ב בשורה כ"ח אחר מלת „מלאכתו" צ"ל בשביל דמי השכירות :

שם ע"ג בשורה י"ז אחר מלת „בשביעה" צ"ל דהוי שומר חנם כדכתב הסמ"ע בסי' ר"ה ס"ק כ"א :

בדף מח ע"א בשורה כ"ב אחר מלת „ברירה" צ"ל וגם הר"ן ז"ל וכו' ומה שבנתיים נמחק :

בדף מט ע"א בשורה מ"ח אחר מלת „ברירה" צ"ל והיינו מדרבנן ולפיכך יכול למחול :

שם ע"ג בשורה כ"ח אחר מלת „דמשכן" צ"ל תו"מ מלא וכיון שבע"ד ומה שבנתיים אינו כ"כ לפ"ד כעת :

בדף ג ע"א בשורה ל"ג אחר מלת „כאחת" צ"ל והא דמוכח בשאר מקומות דאין ברירה בקנין היינו בקנין שטר וחזקה או בקאג"ם אבל בקנין כסף הדין כמ"ש :

השמטות מכפתור רביעי

בדף ב ע"ד בשורה כ"ה אחר מלת „שנאבדה" צ"ל אחר כותבי זאת ראיתי להמחנה אפרים בריש הלכות שאלה ופקדון שכתב ג"כ כסברה זו :

בדף ד ע"ב בשורה ס"א קודם תיבת „אף" צ"ל וכן כתב הב"ש בסימן ד' ס"ק ס' בהדיא עיי"ש :

בדף ט ע"ב בשורה ז' אחר מלת „שניהם" צ"ל ועיין מה שהקשתי בס"ד בכפתור שלישי פרח ד' אות י"ה דאף בשיעבודא אינם אלים בבת אחת אמרינן מיגו עיי"ש מכל מקום לא דמי לפיתקא דהתם בשעת הלואת השיעבוד על הפיתקא כבר כלה השיעבוד בעל המעות משא"כ הכא ודו"ק :

בדף י"ד שורה ל' אחר מלת „שומרים" צ"ל דע"כ הא דכתב הרמב"ם דפושע מזיק הוא לאו דוקא דא"כ פשיטא בבעלים יתחייב ודו"ק ועיין תומים סימן כ"ו ס"ק ה"ט :

בקיצורי דינים בדף י"ז ע"ב בשורה ט' אחר מלת „כן" חסר דין אחד וצ"ל הדין אם עבר הפסח על משכון חמץ פטור הלוה מלשלם ועיין בדברינו בכפתור ג' פרח ז' על קצוה"ח שהוכיח מדברי התוס' במרובה ומשם ראיה לדברינו :

בדף ט"ז ע"ג שורה מ"א אחר מלת „שדה זו" צ"ל מן התוס' אינו מוכח דהא כתבו בלשון כח ואיכא למימר לתרי גישא אבל בהרא"ש הכ' בלשון הלך ע"כ מוכח כדברי דאם לא כן למה שינה מלשון התוספות בזה המקור לדין זה :

בדף י"ז ע"ב שורה מ"ט אחר מלת „שדה" עיין בהשמטה הקודמת :

בדף ל"ט ע"ב שורה כ"ד הלשון מגומגם קצת והבינהו לך יותר דלכאורה ק"ו פריכא הוא דהא עמ"ע נמי איתא בשוטה ובעכו"ם אבל ז"א דהא דנאמן בשוטה ובעכו"ם היינו משום גזירת הכתוב וחידוש (כדכתב הרמב"ן הובא בפרח א') ומחידושא לא ילפינן ותו דהוי ב' כתובים הבאין כאחד ומ"מ נאמן בשוגג בטומאה כ"ש עמ"ע דנאמנותו גבי ד"מ הוא מילתא בטומאה גבי שוגג משום הכי טעמא ועמ"ע אינו נאמן בטומאה בשום דוכתא ודו"ק :

לוח השגיאות מכפתור רביעי

לוח	עמוד	שור	מלה	שגיאה	תיקון
א	ד	ז	ז	הר"ע	הר"ן
ד	ד	כה	ז	שרות	זרות
"	"	ל	ח	זכות	זרות
"	"	לד	ו	דאיכא	דליכא
ה	ג	כה	ד	דר"ע	דרעה
ו	ב	מא	ב	מאי	מאה
"	ג	כא	א	צ"ל „לרבי" לר"י	צ"ל לר' יודא
ז	ג	לה	ב	יכול „הוא" הנא פטר	יכול הנא פטר
"	ד	מב	ט	לבתה	לביתה
ט	ב	ו	א	שמעון	לוי

לוח	עמוד	שור	מלה	שגיאה	תיקון
ט	ד	ז	ה	מעות הזרה	מעות בקבל
י	ב	נט	א	חייב	אינו חייב
"	"	"	ז	לא יכול	יכול
יב	א	כו	ג	וגם זה דוחק הוא	זה דוחק
"	"	לא	ג	מוחזק	מוחזר
טו	ג	טו		מה מהניא	לא מהניא'
"	"	לא	ה	הגר לא יוכל	הגר יוכל
כג	א	כד	ה	מהם בנית כיון	מהם כיון
כד	ד	מב	ח	ק"מ	ק"י
לב	א	נג	ג	להדיוט דלא כו' כי	להדיוט כי

Presented to the
LIBRARY
of the
UNIVERSITY OF TORONTO
by the
CANADIAN FOUNDATION
for
JEWISH CULTURE